X. 67
13. Ej No. 356.
BIBLIOTECA NAZIONALE VITT. EMANUELE ROMA
1
9 -D
17
17169
Digitized by Google

10-443.

Römiſches und germaniſches Recht.

Die

materielle Uebereinſtimmung

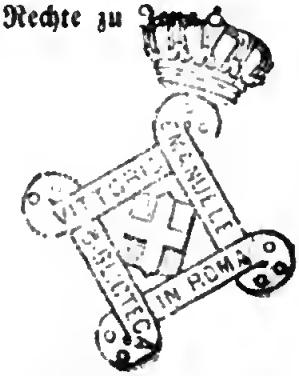
der

römiſchen und germaniſchen Rechtsprincipien.

Von

Dr. **Friedrich von Hahn,**

Profeſſor der Rechte zu Jena.



Jena,

Druck und Verlag von Friedrich Mauke.

1856.

Digitized by Google

Meinem

hochverehrten Freund,

Herrn

Dr. Carl Julius Guyet,

Geheimen Justiz- und Oberappellationsgerichtsrath,
Ordinarius der Juristenfacultät und des Schöppenstuhls,
o. ö. Professor der Rechte an der Universität Jena,
Ritter des Großherzogl. Sächs. Ordens vom weißen Falken und des
Herzogl. Sachsen-Ernestinischen Hausordens,

gewidmet.

Inhalt.

Einleitung S. XXIII.

Erſter Theil.

Die Verſchiedenheit der oberſten Vorausſetzung und der principiellen Begriffe des römiſchen und germaniſchen Rechts.

Erſter Abſchnitt.

Die Verſchiedenheit der oberſten Vorausſetzung.

§. 1. Das Princip der Subjectivität als Grundlage des römiſchen Rechts S. 1—4. Referat über die Darſtellung Schmidt's in §. 1 des „principiellen Unterſchieds zwiſchen dem römiſchen und germaniſchen Recht".

§. 2. Das Princip der Objectivität als Grundlage des germaniſchen Rechts S. 4—6. Referat über die Darſtellung Schmidt's in §. 2.

Zweiter Abſchnitt.

Die Verſchiedenheit der Begriffe von Recht, Freiheit und Ehre.

Erſtes Capitel.

Das Recht im objectiven Sinne.

§. 3. Das Verhältniß des Rechts zum Sittengeſetz und zur Religion S. 7—29. (Schmidt §. 7.) Entwickelung des Rechts aus der Sitte. S. 10. Das Recht iſt der Inbegriff der ſtaatlich realiſirten Normen über als ſittlich nothwendige erkannte

äußere Zuſtände, mithin qualificirte Sitte. S. 13. Ausdehnung dieſes Begriffs auf die vom Staat aufgeſtellten Normen. Das poſitive Recht umfaßt alle Sätze, welche durch den Staat realiſirt werden. S. 15. (Verſchiedene Art dieſer Realiſirung. N. 5.) Ein formeller Gegenſatz zwiſchen Sitte und Recht iſt daher nicht vorhanden. Zwiſchen Volksrecht und Sitte iſt eine materielle Verſchiedenheit undenkbar; zwiſchen Sitte und Geſetzesrecht iſt eine materielle Verſchiedenheit nur eine temporäre Zufälligkeit. Der Idee nach gehören auch die Sätze des Geſetzesrechts der Sitte an. S. 16. — Manche Rechtsſätze können nur als ſolche entſtehen, die meiſten ſind urſprünglich als Sittenſätze entſtanden. S. 18. Gründe der Erhebung der Sittenſätze zu Rechtsſätzen; Fortbeſtehen der Sittenſätze neben den Rechtsſätzen. S. 19. — Formulirung der Rechtsſätze. Der Ausdruck der Rechtsſätze iſt nur Erkenntnißmittel derſelben. Verſchiedene Fähigkeit der verſchiedenen Völker zur Formulirung. S. 20. — Auch das röm. Recht ſchließt ſich, wie das german., eng an die Sitte an. Es berückſichtigt dieſe unmittelbar, es erhebt aber auch die Sittenſätze allmälig zu Rechtsſätzen und verallgemeinert ſich mit der Verallgemeinerung der Sitte. S. 22. Widerlegung von Schmidt's Behauptung, daß in dem Anſchluß des röm. Rechts an die Sitte ein Syſtemwechſel liege. S. 24. — In der Formulirung der Rechtsſätze weichen beide Rechte von einander ab. Die Römer ſind durch ihre politiſche Einheit und die frühe Erfaſſung des Staatsbegriffs fähiger zu einer genauen Formulirung als die Germanen. S. 26. Die Formulirung in den germaniſchen Rechtsquellen iſt ungenau, nicht abſolut, nicht ausſchließlich auf den rechtlichen Inhalt gerichtet. S. 27. —

§. 4. Entſtehung und Weſen des Rechts. S. 29—38. (Schmidt §. 3.) Die Ausſprüche ſowol der röm. als der german. Quellen über Entſtehung und Weſen des Rechts ſind nicht beweiſend für die wirkliche Entſtehung und das wahre Weſen des Rechts. S. 29. Aeußere Aehnlichkeit der Rechtsbildung in Rom und in den einzelnen german. Rechtskreiſen. S. 31. (Die XII Tafeln ſind nicht mit den Leges barbarorum, ſondern mit den älteſten Stadtrechten zu vergleichen. N. 1.) Paralleliſirung des Edicts und der Weisthümer u. ſ. w. S. 33. Auch innerlich ſtimmt die Rechtsbildung beider Völker überein. Aus der conſequenten Entwickelung des röm. Rechts geht die Anerkennung eines über der ſubj. Willkür ſtehenden object. Satzes hervor. Charakteriſirung des Conſervatismus der Römer. Ausdrückliche Anerkennung der höheren Rechtsidee. S. 31. — Die Deutſchen haben die Anſicht von dem geſetzl. Fundament des Rechts nicht aus den Ausſprüchen der röm. Rechtsquellen entnommen. Allgemeiner Drang, das Recht auf einen formellen Entſtehungsgrund, auf eine beſtimmte Perſönlichkeit zurückzuführen. Nachweis des Vorkommens dieſer Zurückführung bei den Germanen vor der Reception des röm. Rechts. S. 35. —

§. 5. Stellung des Volks zum Recht. S. 38—51. (Schmidt §. 4. Argumentation deſſelben: Nach dem röm. Subjectivismus ſteht das Volk über der von ihm geſchaffenen Rechtsordnung — Volksſouveränetät; nach dem german. Objectivismus ſteht das Volk unter der von Gott aufgeſtellten Rechtsordnung — Princip des göttlichen Rechts; daher verſchiedene Geſtaltung des Rechts, na-

mentlich des Staatsrechts) S. 38. — Schmidt confundirt den Absolutismus des Staatswillens und die demokratische Verfassungsform, welche er beide unter den Begriff der Volkssouveränetät zusammenfaßt. Unmöglichkeit der Ableitung der Majoritätsherrschaft aus dem subjectivist. Princip. Prüfung der Argumentation Ihering's. S. 40. Unhaltbarkeit der aus dem aufgestellten Princip von Schmidt gezogenen Consequenzen. S. 46. — Der Staat steht bei beiden Völkern, der Idee nach unter, formell über dem Recht, die Garantien gegen Mißbrauch der Staatsgewalt sind nur sittlicher Natur. Die Staatsgewalt ist rechtlich unbeschränkt. Verschiedene Feststellnng derselben nach verschiedenen Richtungen. S. 49. —

§. 6. Stellung der Fremden zum Recht. S. 51. 52. (Schmidt §. 5.) Uebereinstimmende Behandl. der Fremden in beiden Rechten. Das System der persönl. Rechte, positiv gefaßt, begründet eine Rechtsfähigkeit der Fremden, negativ gefaßt, enthält es die Versagung des commercium für Nichtstammesgenossen. S. 51. —

§. 7. Das oberste Princip für die Gestaltung des Rechts. S. 52. 53. (Schmidt §. 6.) Auch die Römer hatten bei Ausbildung ihres Rechts nicht nur das Interesse des Einzelnen, sondern auch die höheren sittlichen Zwecke der einzelnen Lebensverhältnisse vor Augen. S. 52. —

§. 8. Aeußere Verschiedenheiten in Bezug auf Entstehung und Geltung des Rechts. S. 53—67. (Schmidt §. 8.) Uebereinstimmung der Rechtsentwickelung in Rom und in den deutschen Städten. S. 55. Der Particularismus der german. Rechtsbildung ist eine Folge der Schwäche der Staatsgewalt und entspringt nicht aus einer Berücksichtigung der verschiedenen Lebensaufgaben der einzelnen Berufsstände durch den Staat. S. 57. S. g. Privatautonomie im röm. wie im germ. R. anerkannt. Eigentliche Ständerechte kennt auch das germanische Recht nicht; was man darunter versteht, ist entweder das Recht eines localen Rechtskreises (Stadtrechte) oder umfaßt einige besonders ausgebildete Institute. S. 61. —

Zweites Capitel.

Das Recht im subjectiven Sinne.

§. 9. Entstehung des Rechts. S. 68—86. Das Recht wird bei jedem Volk ursprünglich an die thatsächl. Herrschaft angeknüpft. Allmälige Loslösung desselben. Am längsten erhält sich die Verbindung in Betr. der Entstehung des Rechts. Bedeutung der symbol. Handlungen. S. 70. Im german. Recht tritt das Anknüpfen des Rechts an die thatsächl. Herrschaft stärker hervor als im römischen. Prüfung und Widerlegung des von Schmidt aufgestellten Gegensatzes hinsichtlich der Entstehung des Rechts: bei den Römern aus dem Willen des Erwerbers, bei den Germanen aus der sittlichen Berechtigung. S. 72. Vergleichung beider Rechte hinsichtlich der Traditionsformeln (s. auch §. 23, S. 305). In der mancipatio und in jure cessio ist ein Streben des Rechts ersichtlich, gegen die Eigenmacht Garantien zu schaffen. S. 73. Vergleichung des gerichtl.

Verfahrens. Unfähigkeit der Germanen, die Selbſthülfe principiell zu negiren. Der gerichtl. Zweikampf eine Aeußerung der Selbſthülfe. Die ethiſche Rechtfertigung deſſelben als Gottesurtheil verändert ſeine Natur nicht. Schmidt's Ableitung deſſelben aus der Verpflichtung des waffenfähigen Manns, die höhere ſittl. Ordnung zu ſchützen, iſt verfehlt. Gegenüberſtellung des Zweikampfs und des römiſchen die Selbſthülfe negirenden Vindicationsverfahrens. S. 76. —

§. 10. Begriff und Inhalt des Rechts. S. 84–86. Der von Schmidt aufgeſtellte Gegenſatz: Recht nach röm Anſchauung = Sphäre ſouveränen Schaltens, nach german. = Sphäre ſittlichen Schaltens, iſt unbegründet. Verweiſung auf den ſpeciellen Theil.

§. 11. Einfluß des Rechtsbegriffs auf den Begriff der Rechtsfähigkeit. S. 86—102. Widerlegung der Anſicht, daß nach röm. Auffaſſung zur Rechtsfähigkeit nichts Anderes, als Willensfähigkeit erforderlich, die Rechtsfähigkeit daher eine abſolute ſei, nach german. Anſchauung aber die Rechtsfähigkeit von der Fähigkeit, das Recht ſeinem höheren Zweck gemäß zu gebrauchen, abhänge und die Rechtsfähigkeit eine relative ſei. — Auch Rom kennt Abſtufungen der Rechtsfähigkeit. S. 89. Im alten german. Recht war die Rechtsfähigkeit verſchieden nach Freiheitsgraden und nach Nationalität, nicht nach der Fähigkeit zum Gebrauch des Rechts. S. 91. Auch im ſpäteren Recht liegt in dem Erforderniß einer beſtimmten Qualification zur Ausübung einzelner Berufe keine Modification der Rechtsfähigkeit. Für einzelne Berufe forderte auch das röm. Recht eine beſondere Qualification. S. 93. Die verſchiedene Rechtsfähigkeit der german. Geburtsſtände iſt nicht aus dem verſchiedenen Beruf zu erklären. Nur Ein Stand entſteht aus der Gleichmäßigkeit des Berufs. Die Genoſſen deſſelben Stands konnten zu verſchiedenen, die verſchiedenen Stände zu gleichen Berufen qualificirt ſein und dieſelben ausüben. S. 96. Auch das alte Rom kannte verſchieden berechtigte Stände und in dem ſpäteſten Recht trat eine Rechtsungleichheit hervor. Auffaſſung derſelben. S. 99. —

§. 12. Einfluß des Rechtsbegriffs auf die Grundſätze über Rechtsverluſt und Rechtsminderung. S. 102—108. Statt des Satzes, daß das Recht mit Aufhören ſeines ſittlichen Zwecks aufhöre, welchen Schmidt im Gegenſatz zu der nach röm. Anſchauung einzigen Art des Rechtsverluſtes durch den Willen des Berechtigten und vis major dem german. R. zuſchreibt, iſt der Satz aufzuſtellen, daß jedes Recht aufhört, wenn ſeine Vorausſetzung aufhört. Dieſer Satz gilt für beide Rechte. S. 102. Die Behauptung, daß das Recht aufhöre, wenn der höhere Zweck durch den Berechtigten nicht erfüllt werde, iſt in dieſer Allgemeinheit auch für das german. Recht unbegründet. Einzelne Fälle eines derartigen Untergangs finden ſich auch im röm. R. S. 103. Daſſelbe gilt für den Rechtsverluſt wegen Mißbrauchs. S. 104. Einen Rechtsverluſt wegen Unfähigkeit des Berechtigten zum rechten Gebrauch kennt auch das germ. R. nicht. S. 106. —

§. 13. Sonſtiger Einfluß des Rechtsbegriffs auf die Geſtalt des Rechtsſyſtems. S. 108—114. Widerlegung des von Schmidt aufgeſtellten Gegenſatzes, wonach das röm. R. nur ein Syſtem der durch ihre Coexiſtenz ſich gegenſeitig beſchränkenden Ein-

zelrechte ſei und ſelbſtſtändige Rechtspflichten nicht anerkenne, nach germ. Anſicht aber die Rechtsordnung das Primäre ſei, aus welcher erſt die Einzelrechte entſpringen. Auch das röm. R. kennt ſelbſtſtändige Rechtspflichten. Directe und indirecte Realiſirung derſelben. Condictio ob causam datorum. S. 110. Auch der Germane hat bei der Rechtsübung nur das Einzelrecht im Auge und ebenſo die rechtübende Geſammtheit. Auch die rechtſchaffende Geſammtheit ſtellt für das Privatrecht zunächſt Rechte auf. S. 112. —

§. 14. Verhältniß der Einzelrechte zum Staat. S. 114—122. Widerlegung der Ausführung Schmidt's, daß die Stellung des Staats zu den Einzelrechten nach den beiden Rechten verſchieden ſei, nach röm. R. der Staat rechtlich befugt ſei, dieſelben aufzuheben, nach germ. R. dieſelben aber unabhängig von der Staatsgewalt ſeien. Eine rechtl. Beſchränkung, als mit dem Weſen des Staats unverträglich, exiſtirt auch bei den Germanen nicht, eine ſittliche wird auch bei den Römern anerkannt. S. 119. Das germ. Recht kennt keine Beſchränkungen der Staatsgewalt, aber bietet verfaſſungsmäßige Garantien dagegen, daß ein die Einzelrechte aufhebender Staatswille gefaßt wird. Derartige Garantien bietet auch die röm. Verfaſſung. Hiſtoriſche Bedeutung der deutſchen Stände. S. 120.

Drittes Capitel.

Die Freiheit.

§. 15. Begriff der Freiheit. S. 122—140. Begründung des Begriffs der Freiheit. Natürliche, ſittliche, bürgerliche Freiheit. S. 123. Die Freiheit im Gegenſatz zu der Abhängigkeit von dem Willen eines Fremden. Präciſirung dieſes Begriffs. Rechtl. Anerkennung der Abhängigkeit. S. 127. Das röm. R. wie das germ. geht von dieſem Begriff der Freiheit und Unfreiheit aus, der Begriff der ſittl. Freiheit fehlt beiden Rechten. S. 129. Widerlegung von Schmidt's Deduction der germ. Freiheit. S. 131. Hiſtor. Entwickelung derſelben. S. 135. Verſchiedenheit beider Rechte hinſichtl. der Veräußerung der Freiheit. Höhere Sittlichkeit des röm. Rechts. S. 138. Das röm. Recht kennt keine dauernde Beſchränkung des naturgemäßen Inhalts eines Rechts. S. 140. —

§. 16. Verſchiedenheit der Folgerungen aus dem Freiheitsbegriff. S. 141—148. Die Verſchiedenheit der röm. Staatsverfaſſung und der bei den Germanen üblichen Verfaſſungsformen läßt ſich nicht aus der verſchiedenen Faſſung des Freiheitsbegriffs ableiten. Der Grund der republican. Verfaſſung Roms und der germ. Monarchie beruht auf dem Gegenſatz zwiſchen Stadt und örtlich ausgebreitetem Volk. S. 142. Ausführung des Gegenſatzes und Widerlegung der Argumentation Schmidt's. Auch die Römer ſind im Stand, ein beſchränktes Herrſchaftsverhältniß zu conſtruiren. S. 143. — Wenn die germ. Rechtsungleichheit als Conſequenz des Freiheitsbegriffs gefaßt werden ſoll, ſo muß man von dem Begriff der natürlichen, nicht der ſittlichen Freiheit ausgehen. S. 147. —

Digitized by Google

Viertes Capitel.

Die Ehre.

§. 17. Die Ehre und ihr Verhältniß zum Recht. S. 148—159. Darstellung der Ansicht Schmidt's. S. 148. — Entwickelung der Begriffe: Ehre, dignitas — Achtung, dignatio — Achtung (objectiv), dignitatis status comprobatus. Wirkung der Nichtachtung, Ausschließung. Ausdehnung der Ausschließung und folgeweise der Ehrlosigkeit. S. 151. Anerkennung einer object. Sittlichkeit ist nothwendige Voraussetzung der Begriffe Ehre und Achtung. Die Anerkennung dieser Begriffe und ihrer Wirkungen im Recht ist bei Römern und Germanen übereinstimmend, Infamia, Rechtlosigkeit. S. 153. Die Treulosigkeit. S. 155. Leichtigkeit der Reception der röm. Lehre. S. 159. —

§. 18. Behandlung der Ehrverletzung. S. 159—170. Widerlegung der Behauptung einer verschiedenen Behandl. der Ehrverletzung in beiden Rechten. Das röm. Recht kennt die Ehrverletzung als ein besonderes Vergehen. Die Geldstrafe ist im späteren Recht eine relative. Das alte german. Recht kennt die Composition als einzige Folge der Injurie. S. 160. Die Behauptung, daß durch das Duell der Beweis geführt werde, daß dem Beleidigten die Ehre höher stehe als das Leben, und die Rechtfertigung des Duells daraus entbehrt an sich jeden Causalzusammenhang. S. 162. Begründung des Wesens des Duells als qualificirter Selbsthülfe. Die Ueberzeugung, daß der Staat für manche Ehrverletzungen nicht genügende Genugthuung verschaffen könne, führt zu der Annahme der Nothwendigkeit des Duells und der Verpflichtung zu seiner Vornahme. Collision anderer Pflichten mit dieser. Stellung des Beleidigers zum Duell. Widerspruch des Duells mit der modernen und der antiken Staatsidee. S. 164.

§. 19. Einfluß dieser Principien auf die Beweislast im Proceß. S. 171—180. Die Verschiedenheit des röm. und german. Beweisverfahrens hängt mit den Ansichten über Ehre nicht zusammen. Die Behauptung Schmidt's, daß der Beklagte nach german. R. im Interesse der materiellen Wahrheit zum Beweis verpflichtet gewesen sei, ist unbegründet. S. 172. Der Satz, actore non probante reus absolvitur, gilt auch für das german. R., die Beschränktheit der Beweismittel führte zum Princip: der Angegriffene hat das Recht auf die Priorität des directen Gegenbeweises. S. 173. Ausführung der Aehnlichkeit des german. und röm. Beweisverfahrens im Vindicationsproceß. S. 175. Beweis bei Schadensklagen. Beide Rechte kennen ursprünglich nur die absolute Aestimation. S. 177. Vorzug des röm. Beweisverfahrens hinsichtl. der Beweismittel. S. 179. —

Zweiter Theil.

Die Verſchiedenheit des römiſchen und germaniſchen Privatrechts.

Erſter Abſchnitt.

Das Familienrecht.

§. 20. Princip des Familienrechts. Väterliche Gewalt. S. 181—213. (Schmidt §. 20 und §. 21 No. I.) Die Familie iſt bei jedem Volk als engſte und innigſte Verbindung anerkannt. Zerſetzender Einfluß des Staats auf dieſelbe. S. 184. — In Rom iſt in publiciſt. Beziehung die Familieneinheit ſchon früh gebrochen, in privatrechtlicher bildet die Familie ein Ganzes, welches ſeine inneren Zuſtände ausſchließl. ſelbſt realiſirt. Die patria potestas in ihrer Richtung nach innen iſt kein Rechtsinſtitut. Sie hat keinen rechtl. beſtimmbaren Inhalt. Dem naturgemäßen Zuchtrecht des Vaters gegenüber verhält ſich das Recht paſſiv. Widerlegung der Auffaſſung des Vaters als judex delegatus oder als dominus. S. 187. Die Vermögensgemeinſchaft der Familie erkennt das Recht an. Die Auffaſſung des Vaters als Subject deſſelben iſt der ſittl. Natur der Familie entſprechend. Die Dispoſitionen innerhalb der Familie ignorirt das Recht principiell. Das Conſtituiren des peculium iſt aber die Begründung eines begrifflich dauernden Verhältniſſes. Rechtl. Anerkennung deſſelben nach außen hin. Die Kräfte der Familienglieder gehören zum Familienvermögen. Natur der Dispoſition über dieſelben. Rechtl. Wirkung des Mißbrauchs dieſer Dispoſition. S. 192. Klage auf Anerkennung des Familienverhältniſſes. S. 198. Allmälige Modification des Princips der ſtaatl. Nichtintervention, indirect durch die Cenſur, direct durch Beſchränkung des Zuchtrechts und Anerkennung einzelner Peculiarrechte auch dem Vater gegenüber. S. 200. — Germaniſches Recht. Das Mundium erſchöpft nicht den ſittl. und rechtl. Inhalt des Familienverhältniſſes und hat wie die manus und potestas keinen feſt beſtimmbaren rechtl. Inhalt. Dieſen erhält es erſt durch das unterliegende ſittl. Verhältniß. Nicht die Familie iſt Subject des Mundiums und iſt durch Vater und Ehemann vertreten, ſondern dieſe üben daſſelbe aus eigenem Recht aus. S. 202. Grund der ſeltenen Erwähnung des Verhältniſſes zwiſchen Vater und Kind in den Quellen. Es wurde durch die Sitte geregelt. Eine Vertretung des Sohns gegenüber dem Vater exiſtirt nicht. Zuchtrecht des Vaters. Tödtung des Kinds. Rechtl. Schutz dagegen wird nicht erwähnt und iſt nach dem alten Criminalrecht undenkbar. Güterrecht. Vergleichung des älteſten german. und röm. Familienrechts S. 204. —

§. 21. Die Ehe und das eheliche Güterrecht. S. 213—281. (Schmidt §. 21 No. II S. 202—204.) Die Natur der Ehe als ſittl. und dauernden Verhältniſſes wird auch im röm. R.

anerkannt. Beweis durch Rechtssätze. S. 214. Sittl. und rechtl. Auffassung der Ehescheidung im neueren und älteren röm. R. Auch das ältere german. R. kennt Verstoßung der Frau durch den Mann. Das spätere Recht geht in dem canonischen auf. S. 215. Religiöse Eingehung der Ehe. S. 217. Die thatsächl. Vermögensgemeinschaft wird rechtl. realisirt in der Ehe mit Manus. Auch in der Ehe ohne Manus ist unsprüngl. eine totale Gütergemeinschaft vorhanden. Spätere Modificirung ders. Beweis der restrictiven Bildung des späteren Dotalrechts aus der Gestaltung desselben. S. 218. — Darstellung des Dotalsystems (der Zeit der classischen Juristen) als System der Gütergemeinschaft, nicht der Gütertrennung. S. 226. — Untersuchung über die Rechte der Frau hinsichtl. der Dos. Collation der Dos. Dos mulieris est, bezeichnet das thatsächl. Verhältniß der Frau zur Dos, welches als solches in Einer Richtung nach außen hin rechtl. anerkannt wird. S. 236. — Die Behandl. der Zuwendungen unter Ehegatten entspricht der sittl. Natur der Ehe. Dem Wesen der Ehe entsprechende Zuwendungen sind gestattet und begünstigt, diesem widersprechende nicht anerkannt. (Prohibitiver Charakter des Dotalrechts S. 261.) Durch die oratio D. Severi ist das Recht consequent fortgebildet worden. S. 252. — Der verschiedene Gang der Ausbildung der ehelichen Güterverhältnisse bei Römern und Germanen aus gleichen Anfängen erklärt sich aus der abweichenden Entwickelung der sittl. Stellung der Frau bei beiden Völkern. Bei der Emancipation der Frau im späteren Rom erschien es angemessen, daß sie nur einen Beitrag zu den Lasten der Ehe gab, das dafür hingegebene Capital aber bei jeder Art der Auflösung der Ehe zurückerhielt. Die freie Ehe gewährte die Möglichkeit der rechtl. Feststellung dieses Verhältnisses. Entstehung der freien Ehe aus einem ursprüngl. Hinderniß des Eintritts der Frau in die Familie des Manns. Vergleichung derselben mit der german. unebenbürtigen Ehe. S. 266. Die Germanen bildeten die alte strenge Ehe fort. Modification des Aufgehens der Rechte der Frau in den Rechten des Manns. Darstellung des alten german. ehel. Güterrechts. Aehnlichkeit desselben mit dem Dotalrecht. Die Errungenschaft particularrechtlich. Die Versorgung der Ehefrau nach dem Tod des Manns beruht nicht auf einem Rechtssatz, Nothwendigkeit der rechtl. Anerkennung besonderer Geschäfte. Zuwendungen während der Ehe unmöglich. S. 269 — Die Veränderung des deutschen ehel. Güterrechts ist durch die Veränderung der Verkehrsverhältnisse und die daraus hervorgehende Anerkennung eines allgemeinen Sachwerths herbeigeführt worden. Hauptveränderungen: Zerfall des gemeinsamen Vermögens in Quoten statt der ursprüngl. Theile, gegenseitiges Erbrecht. Dabei aber große particulare Verschiedenheit der Rechtsbildung. Der Grund ders. liegt in der mangelhaften Formulirung des Rechts des Manns am Frauengut und in der Aufstellung der Gütergemeinschaft als Rechtsbegriff. S. 275. —

§. 22. Die Familie im weiteren Sinn, die Vormundschaft, die Sclaverei. S. 281—295. (Schmidt §. 21 No. III, VI, V.) 1) Irrigkeit der Vergleichung verschiedener Perioden der Entwickelung der weiteren Familie. Eine Alimentationspflicht der Seitenverwandten kennt das german. R. nicht, eine solche zwi-

schen Ascendenten und Descendenten aber erkennt auch das röm. R. an. Auch noch andere sittl. Pflichten der Verwandten werden als Rechtspflichten aufgefaßt. S. 282. — 2) Uebereinstimmende materielle Ausbildung beider Rechte hinsichtlich der Tutel und Cura. S. 286. — 3) Auch das german. R. kennt ursprünglich einen Zustand der völligen Unfreiheit. Gleichmäßige Aussprüche in den röm. und den german. Quellen über den Rechtsgrund der Unfreiheit. Die verschiedene Ausbildung der Unfreiheit in den Rechten beider Völker erklärt sich aus thatsächlichen Gründen. S. 288. —

§. 22a. Bedeutung des Familienrechts für das übrige Recht. S. 295—303. (Schmidt §. 22.) Widerlegung der Behauptung, daß in der Gestaltung des Familienrechts die Rechtsidee eines Volks am klarsten und bestimmtesten hervortrete; jedes Recht verhält sich der Familie gegenüber ursprünglich passiv und regelt fortdauernd hauptsächlich die Verhältnisse zwischen Fremden. S. 295. Die Familie in ihren sittl. Beziehungen, nicht aber in ihrer rechtl. Gestaltung ist der Prototyp mancher sittlichen rechtlich anerkannten Verhältnisse zwischen Fremden. Auch die Römer kannten derartige Verhältnisse: collegia, sodalicia, hospitium, patronatus. S. 298. —

Zweiter Abschnitt.

Das Sachenrecht.

Erstes Capitel.

Das Eigenthum.

§. 23. Entstehung und Rechtsgrund des Eigenthums. S. 303—312. Widerlegung der Behauptung von der Verschiedenheit beider Rechte hinsichtlich der Occupation S. 304 und der Eigenthumsübertragung. Auch nach röm. R. kann Eigenthum ohne Besitzübertragung übergehen. Im german. R. ist die Besitzübertragung von größerer Bedeutung als im röm. R. Bei den Mobilien ist die Detention sogar auf die Fortdauer des Rechts von Einfluß. Hand muß Hand wahren. Widerlegung von Schmidt's Construction des Connossements. S. 305. —

§. 24. Begriff des Eigenthums. S. 312—317. Das german. R. kennt, wie das römische den Begriff der unbedingten Herrschaft, Eigenthum, dominium. Die Individualität der Sache hat auf diesen Begriff selbst keinen Einfluß. Das Eigenthum an Mobilien ist ursprüngl. rechtl. weniger geschützt. Die verschiedene Vererbung (Gerade, Heergewäte) modificirt das Eigenthum nicht. Das Eigenth. an Herrschaften, Rittergütern, städt. Grundstücken, Bauerngütern ist Eigenthum, mit welchem noch andere Rechte und Pflichten verbunden sind. Die Ableitung dieser Rechte und Pflichten aus dem Recht und der Pflicht, die Sache ihrem sittlichen Zweck gemäß zu gebrauchen, ist verfehlt. S. 312. —

§. 25. Rechte des Eigenthümers. S. 317—335. 1) Das Princip, auf welchem das Recht auf die Früchte beruht, ist in beiden Rechten dasselbe, auch der Germane erwirbt die Früchte als Acceſſionen des Guts. Die Induſtrialfrüchte werden nur wichtig bei Colliſion verſchieden Berechtigter, ebenſo im älteren röm. R. Tutela fructuaria, Lehnsvormundſchaft, väterl. Nießbrauch ſind nicht aus dem Princip über Fruchtgewinn abzuleiten. Localrechtl. Beſchränkungen in der Art des Fruchtgenuſſes haben denſelben Inhalt wie Servituten. S. 317. — 2) Eine Beſchränkung des Eigenthümers in der Dispoſition über die Subſtanz des Grundeigenthums kennt das alte german. R. nicht. Die betr. Beſtimmungen datiren aus der Zeit nach der Reception. Der Staat hält nur bei den Germanen wie bei den Römern die urſprüngliche Vertheilung des Grund und Bodens formell aufrecht. S. 321. — 3) Nebeneinanderſtellung der röm. Interdiction des Prodigus und der german. Alienationsbeſchränkung durch die nächſten Erben. Jede Veräußerung von Immobilien erſcheint als Benachtheiligung der Familie. Lex Cincia, lex Furia S. 323. — 4) Das german. R. gewährt dem Eigenthümer daſſelbe Ausſchließungsrecht, wie das römiſche. Gaſtfreundſchaft, Nothſtand des Reiſenden, furtum. S. 331. —

§. 26. Beſondere Rechte und Pflichten des Grundeigenthümers. S. 335—341. Nachbarliche Rechte und Pflichten kennt das röm. wie das german. R. Eigenthumsbeſchränkungen. Ausbildung der Servituten. S. 336. Eine andere, als die aus dem ſtrengen Begriff des Eigenthums folgende obrigkeitliche Gewalt des Eigenthümers kennt das. german R. nicht allgemein. Die gutsherrlichen Rechte gehen neben dem Eigenthum her und ſtanden urſprünglich ſelbſt nicht in Beziehung zu demſelben. S. 338. —

§. 27. Gemeinſchaftliches Eigenthum. Juriſtiſche Perſon. 341—385. Widerlegung der Behauptung Schmidt's, daß die Römer, im Gegenſatz der verſchiedenen Geſtaltung der Gemeinſchaft bei den Germanen, nur Eine Art des gemeinſchaftlichen Habens gekannt hätten, das condominium. Das röm. R. hat in der juriſtiſchen Perſon den prägnanteſten rechtl. Ausdruck für die Gemeinſchaft. S. 241. Die Schärfe dieſes Begriffs ſteht nicht der Realiſirung der concreten Gemeinſchaftszwecke entgegen. Die einzelnen Arten der Univerſitas bilden nicht eine zuſammengehörige Claſſe, ſondern haben nur eine gemeinſame Eigenſchaft, die Vermögensfähigkeit, corpus, können ſich aber in ihren beſonderen Eigenthümlichkeiten frei entwickeln. Einzelne Arten dieſer Gemeinſchaften bei den Römern: municipia, collegia, sodalicia, societates vectigalium etc. S. 343. Das Vermögen der Univerſitas wird nach ihrer Auflöſung bonum vacans, es können aber eventuelle Rechte der Einzelnen an demſelben begründet ſein, welche gegen den Fiscus geltend gemacht werden. Entſtehung dieſer Rechte aus dem Statut oder aus dem Weſen der Gemeinſchaft. S. 350. — Der ausſchließliche Gegenſatz zwiſchen Univerſitas und Communio iſt ein allgemein nothwendiger und auch im deutſchen R. anzuerkennender. Einzelne german. Rechtsbildungen. Die Actiengeſellſchaft iſt juriſt. Perſon wegen der begriffsmäßigen Anerkennung eines Geſammtwillens. Gegenüberſtellung der Rechtsſätze über

societas und A. G. Widerlegung der gegen dieſe Auffaſſung vorgebrachten Gründe. Wirkung der Staatsgenehmigung S. 356. Gewerkſchaften und Pfännerſchaften ſind juriſt. Perſonen; ebenſo meiſtens die Vereine zu geſelligen u. ſ. w. Zwecken. Conſtruction derſelben S. 376. Familiengenoſſenſchaften, Mark, Allmend. S. 379. — Die juriſt. Perſon exiſtirt, auch wenn ſie noch nicht erkannt iſt. Die Fiction iſt nicht von der Jurisprudenz, ſondern vom Leben geſchaffen. Das Aufgeben dieſes Begriffs wäre ein Rückſchritt. S. 383.

Zweites Capitel.

Die dinglichen Rechte.

§. 28. Verſchiedenheit des Princips der dinglichen Rechte. S. 385—443. Ausgangspunct der Unterſuchung, der höhere Servituten und Reallaſten umfaſſende Begriff — das mit der Sache verknüpfte Rechtsverhältniß. Unterſuchung des Vorkommens und der Conſtruction dieſes Begriffs in beiden Rechten. S. 387. Tabellariſche Ueberſicht ſolcher im röm. R. vorkommenden Rechtsverhältniſſe. S. 389. – Der Begriff des jus in re aliena beruht auf einer wiſſenſchaftlichen Abſtraction aus dem vorhandenen Rechtsſtoff. Unterſuchung der der Schaffung der einzelnen Rechtsverhältniſſe zu Grund liegenden Idee. 1. und 2) Die alten servitutes praediorum rusticorum und urbanorum ſind perpetuirte Obligationen. 3) Der usus-fructus entſteht dadurch, daß dem Eigenthum die Perpetuität und Abſtraction entzogen iſt. — Gemeinſame Behandlung der Perſonal- und Realſervituten ermöglicht durch neu entſtehende Mittelglieder. 4. 5) Recht am ager vectigalis, emphyteusis und superficies entwickeln ſich aus der locatio conductio. 6) Pfandrecht, rechtliche Form für die thatſächl. obligatio rei. Begriff des jus in re aliena: Befugniß der directen Einwirkung auf eine fremde Sache. Ein hiervon verſchiedener Geſammtbegriff der Servituten iſt nicht zu gewinnen. S. 393. Der Begriff beſchränkt ſich nicht auf die angeführten Rechtsverhältniſſe. Rechtsverhältniſſe, welche ſich dem ususfr. und der emphyt. nähern: 1) Recht am ager publicus; 2) Verhältniß des Clienten; 3) Colonat. Warum dieſe Rechte nicht als jura in re aufgefaßt werden. S. 406. Rechtsverhältniſſe, welche mit den Realſervituten Aehnlichkeit haben: 1) Rechtsverh. hinſichtl. der aqua pluvia; das Hinderniß der Auffaſſung derſelben als jus in re liegt in der formalen Natur der dinglichen Klage; 2) interd. de arbor. caed., de glande legenda etc.; 3) Verbot des Verbauens der Luft u. ſ. w. 4) Gebrauchsrecht der res publicae; 5) iter populo servit. — Dingliche Rechte können durch Rechtsſatz begründet werden, Subject derſelben kann der Detentor einer Sache und das Glied einer universitas ſein. S. 408. — Das deutſche R. hat den Begriff des jus in re aliena. Es entwickelt denſelben im Allgemeinen freier, mitunter beſchränkter (Uſusfructus), Beſonderheit des deutſchen Pfandrechts durch nicht klares Erkennen ſeiner acceſſor. Natur (Tragung der Gefahr des

Pfands). S. 418. Besonders ausgebildet sind die durch Verleihung von Immob. entstandenen dingl. Rechte. Persönl. Verh. der Rechtssubjecte davon zu trennen. Gründe, warum in Rom die Leihen nicht so häufig vorkommen. S. 422. — Reallasten. Auch das röm. R. kennt eine Verknüpfung einer Verpflichtung zum Thun mit einer Sache. Arten dieser Verknüpfung. S. 427. Den Römern fehlten die Voraussetzungen zur Ausbildung mancher Arten von Reallasten; Hörigkeit, Lehen, Vogtei. Möglichkeit der Nutzbarmachung des Capitals durch obligator. Geschäfte. Verbindung von Renten mit Grundstücken. S. 431. Reallastberechtigung. Verbindung derselben mit Grundstücken. S. 437. Die ursprüngliche Verschiedenheit des röm. und german. Rechts hinsichtlich der Ausbildung von Formen für Verknüpfung von Rechtsverh. mit Sachen ist keine principielle, sondern beruht auf der versch. polit. und socialen Entwickelung beider Völker. Das deutsche R. nähert sich mit der Veränderung der äußeren Zustände dem römischen. Ablösung. S. 440. (Widerlegung des wirthschaftl. Gegensatzes zwischen Servituten und Reallasten N. 78). —

Dritter Abschnitt.

Das Obligationenrecht.

Erstes Capitel.

Das Recht der Verträge.

§. 29. Entstehung und Rechtsgrund der Obligation. S. 444—477. Standpunct der Vergleichung. Das oberste Princip eines ausgebildeten Vertragsrechts: die Realisirung des vernünftigen obligator. Willens der Contrahenten, ist in dem alten Recht beider Völker nicht anerkannt. Aelteste römische Verträge: Vollzogener Kauf, Darlehn, feierliches Versprechen. S. 444. Allmälige Anerkennung anderer Geschäfte des Lebens durch unbeschränkte und abstracte Auffassung der der mancipatio und dem nexum zu Grund liegender Ideen. Muluum wird durch die condemnatio zum Civilact. Condictio. S. 450. Weitere Anerkennung von Geschäften des Lebens durch Schaffung eines neuen rechtl. Verfahrens. Bonae fidei negotia. Die condemnatio gibt die civile solenne Form. Rechtl. Formulirung der den Entscheidungen des Arbiter häufig zu Grunde liegenden Sittensätze. Ausdehnung mancher dieser Sätze auf die stricti juris negotia. S. 453. Umfang der Anerkennung der Perfection der Verträge durch Consens. Aufhören des inneren Formalismus der Stipulation. S. 456. — Alleinige Anerkennung des formalen Moments im alten germanischen Recht. Abstractes Summenversprechen. Geloben vor Gericht. Die Sittensätze realisirt durch Reinigungseid. Darstellung des Wesens des Reinigungseids. Selbstständigwerden einiger Einreden. Realverträge. Zweiseitigkeit. S. 458. Vergleichung des Entwickelungsgangs beider Rechte aus dem Formalismus zur Freiheit. Förderung der Entwickelung des german. Rechts durch die Reception des römischen S. 466. — Widerlegung der Be-

hauptung Schmidt's von der Verschiedenheit der Entstehung und des Rechtsgrunds der Obligationen in beiden Rechten: Versprechen — Dienstbarmachen fremden Willens. Einseitigkeit beider Entstehungsarten. S. 467. Auflegen einer Obligation nur bei Realverträgen, aber auch im german. Recht. S. 472. —

§. 30. Begriff und Wesen der Obligation S. 477—484. Zweiseitige Verträge. Stellvertretung. Execution.

§. 31. Verschiedener Inhalt der einzelnen Verträge. S. 484—493. Widerlegung der willkürlichen Unterscheidung hinsichtl. der Berücksichtigung der bona fides. S. 484. Das röm. R. kennt, wie das german. vertragsmäßige Rechtsverh., in welchen der sittliche Inhalt entweder als rechtlich realisirbar aufgenommen ist oder neben dem rechtl. Inhalt her geht. Betrachtung der Gesellschaft, der Dienstmiethe, des Pachtvertrags. S. 486. —

§. 32. Die Organisation des ökonomischen Verkehrs. S. 493—502. Die Organisation des Verkehrs nach Schmidt's Darstellung beruht nicht auf specifisch germanischer Anschauung. Auch die Römer kannten eine staatliche Controle über manche Verkehrszweige. S. 493. — Die Grundsätze über dolus, metus, error waren im alten german. R. eben so wenig ausgebildet, als im altrömischen. Sie werden ursprüngl. nur durch und in dem Reinigungseid realisirt. Wohlthätiger Einfluß des röm. Rechts. S. 497. —

Zweites Capitel.

Obligationen aus anderen Gründen.

§. 33. Die Privatdelicte S. 502—507. Uebereinstimmung beider Rechte. Schmerzengeld. Mittragen casuellen Schadens, abbordaggio incerto. —

§. 34. Gesetzliche Obligationen. S. 507. 508. Auch das röm. R. kennt solche. Verweisung auf Früheres.

Vierter Abschnitt.

Das Erbrecht.

§. 35. Entstehung und Rechtsgrund der Erbfolge. S. 509. Formale Widersprüche in Schmidt's Ableitung des römischen agnatischen Erbrechts aus dem testamentarischen. S. 511. — Die Verschiedenheit des röm. und german. Erbrechts ist die Folge der Auffassung der Familie auf verschiedener Entwickelungsstufe. Frühe Ueberwindung des Geschlechterstaats in Rom, energische Fassung des Begriffs der engeren Familie, schwache Berücksichtigung der weiteren Familie. Bei den Germanen ist das Zurückdrängen der weiteren Familie nicht so mächtig, stärkere Ueberreste der ursprünglichen Vermögensgemeinschaft. Die engere und die weitere Familie werden nicht specifisch verschieden gefaßt. S. 514. — Altes römi-

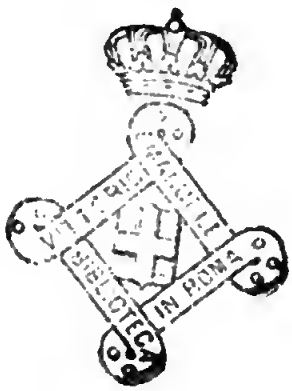
ſches Erbrecht. S. 518. Das Vermögen zerfällt beim Tode des Vaters unter die Sui. Das Teſtament iſt die rechtl. perpetuirte Willensäußerung des Familienvaters als ſolchen. Beleg dieſer Auffaſſung durch die Wirkung des Teſtaments hinſichtlich der Sui und des fremden Inſtituirten S. 522, die Wirkung der Präterition und den Satz: nemo pro parte etc. Bedeutung dieſes Satzes S. 524. Grund des agnat. Erbrechts, Natur deſſelben S. 527. Entſtehung des Begriffs der Univerſalſucceſſion. Frühe Anerkennung derſelben S. 533. Eine successio von der teſtamentariſchen auf die Inteſtaterbfolge iſt ſchon von Anfang an anerkannt N. 24. Der Ausſchluß der successio graduum et ordinum iſt eine nothwendige Folge des agnat. Rechts. Eintritt der agnat. Erbf. In jure cessio der Erbſchaft S. 534. — Altes germaniſches Erbrecht. Daſſelbe iſt nur ein agnatiſches. Parentelenordnung S. 537. Das agnat. Recht iſt ein eventuelles Recht an den Immobilien. Wirkung bei den Lebzeiten des Erblaſſers. Erbrecht in die Mobilien. Erwerb der Erbſchaftsſachen ipso jure. Verhältniß der Schulden zu den Mobilien und Verbindung mit dieſen S. 540. Verſchiedenheit der einzelnen Volksrechte, verfrühte Einwirkung des röm. Rechts S. 545. Modificationen des alten Erbrechts. Das röm. R. bildet ſich fort durch Veränderung in der Berufung des Erben, das germaniſche durch Ausbildung des Begriffs der Erbſchaft. S. 546. Gründe der Umwandlung des alten Civilrechts S. 547. Veränderung des Rechtsſätze S. 549. Umbildung der german. Verkehrsverhältniſſe. Ausbildung des Begriffs der Erbſchaft und Beſchränkung der agnat. Rechte auf dieſelbe, Bedürfniß eines Pflichttheilsrechts S. 552. Uebereinſtimmung der Principien beider Erbrechte, Reception des römiſchen, Art und Weiſe dieſer Reception S. 554.

§. 36. Princip der Erbtheilung S. 555—565. 1) Urſprüngliche Beſchränkung des Erbrechts der Frauen allgemein vorkommend. Beſchränkung derſelben bei den Germanen, allmälige Gleichſtellung derſelben mit den Männern. Beſchränkungen bei den Römern S. 557. 2) Die Individualſucceſſion dem alten german. R. fremd. — Nichtmodification der gleichen Erbtheilung durch das Hantgemal N. 2 und durch das Lehen S. 561. Individualſucceſſion in das Amt S. 562. Verhältniſſe der Bauerngüter S. 563. 3) Das jus recadentiae bei den Germanen ſittl. gerechtfertigt, bei den Römern nicht S. 564. 4) Modus der Erbtheilung, dieſelbe auch im deutſchen Recht Gegenſtand eines Rechtsſtreits. Gerade und Heergewäte S. 565.

§. 37. Das Erbrecht der Wittwe. S. 565—567. Verweiſung auf §. 21. Das altdeutſche Recht kennt keine Erbfolge der Frau. Dispoſitionen des Manns zu Gunſten derſelben. Dieſe auch in Rom möglich und üblich. Dos aestimata.

§. 38. Teſtamente und Erbverträge S. 567—584. Urſprünglich kein Bedürfniß einer letztwilligen Verfügung. Entſtehung eines ſolchen. Vornahme derſelben durch künſtliche Nachbildung des Inteſtaterbrechts S. 569. Der Grund der verſchiedenen Geſtaltung der letztwilligen Dispoſitionen bei Römern und Germanen liegt in

der urſprünglichen verſchiedenen Geſtaltung des Inteſtaterbrechts. Das alte röm. ſolenne Teſtament. Entſtehen einer neuen Form aus einem Mancipationsgeſchäft. Ausbildung des neuen Teſtaments S. 570. German. Vergabungen als eigentl. letztwillige Verfügungen S. 575. Ausgang von den Immobilien, Ausdehnung auf Mobilien und auf noch zu erwerbende Sachen S. 576. Bedürfniß und allmälige Ausbildung einer neuen Form im deutſchen Recht, Particularismus dieſer Ausbildung, Einfluß des röm. Rechts auf dieſelbe. Reception des röm. Teſtamentsrechts. Art derſelben S. 578. Ausbildung der Erbverträge S. 581. —



Druckfehler und Zusätze.

S. 43 letzte Z. l. Majoritätsberechnung ſt. Majorität.
S. 213 Z. 21 l. statutaria ſt. statuaria.
S. 220 Z. 4 hinter: Grund einzuſchalten: (S. 268).
S. 231 Z. 12 l. zwar ſt. gar.
S. 235 Note Z. 2 u. 3 v. u. zu ſtreichen: und präterirt.
S. 278 N. 88 Z. 5 l. anſchloſſen ſt. anſchloß.
S. 316 Z. 15 hinter: des hohen Adels, hinzuzufügen: des niederen Adels.
S. 380 letzte Z. des Texts hinter: habetur, hinzuzufügen: ſiehe unten S. 406 f. S. 416.
S. 380 N. 54 Z. 1 hinter Gerber, hinzuzufügen: Zeitſchrift für Civilrecht und Proceß B. XII.
S. 391 nach Z. 11 iſt zuzuſetzen: dd) wegen eines obligatoriſchen mit der rei vindicatio utilis dem Verpflichteten gegenüber verfolgbaren Anſpruchs. (Vgl. Jhering in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römiſchen und deutſchen Privatrechts. B. I S. 101. 157. 168).
S. 432 Z. 6 v. u. l. reſpective nahm ſt. raſch nahm ſie.
S. 444 Z. 3 (Ueberſchrift) l. Erſtes Capitel ſt. Drittes Capitel.

Einleitung.

Es gibt zwei verſchiedene Arten der Betrachtung und folgeweiſe der Behandlung des Rechts. Man kann daſſelbe an ſich, und man kann es als Mittel auffaſſen.

Nach der erſten Auffaſſung geht man von der Unterſuchung des Inhalts der einzelnen Rechtsſätze aus, ſucht dieſelben zu präciſiren und gruppirt ſie nach ihrem Inhalt. Den Zweck, der durch die Geltendmachung der Rechtsſätze erreicht werden ſoll, die Function derſelben, berückſichtigt man abſolut nicht. Deßwegen bekümmert man ſich auch nicht darum, ob die Rechtsſätze nur zur Erreichung eines einzigen beſtimmten Zwecks dienen ſollen, oder ob mit Hülfe derſelben verſchiedene Zwecke erreicht werden können. Deßwegen unterſucht man aber auch nicht, ob ſich ein beſtimmter ſittlicher Zweck zu deſſen Erreichung die Rechtsſätze geſchaffen worden ſind, lediglich durch Realiſirung dieſer Rechtsſätze erreichen läßt, oder ob es zu dem Ende auch noch anderer nicht rechtlich realiſirbarer Sätze — Sittenſätze — bedarf.

Alle dieſe nach der erſten Auffaſſung vernachläſſigten Momente finden nach der zweiten Auffaſſung nicht nur Berückſichtigung, ſondern gerade ſie ſind es, von welchen principiell ausgegangen wird. Es wird ein beſtimmtes Lebensverhältniß in's Auge gefaßt und unterſucht, ob und wie weit die daſſelbe beherrſchende ſittliche Idee durch Geltendmachung von

Rechtsſätzen realiſirt werden kann, wie weit es Rechtsverhältniß iſt. Mit Nothwendigkeit iſt dadurch zugleich gegeben, wie weit das Verhältniß nur durch die Sitte realiſirbar, wie weit es lediglich ſittliches Verhältniß iſt. Eine Darſtellung des Rechts nach dieſer Richtung hin führt nicht nur zu einer anderen Gruppirung der Rechtsſätze, als der vermöge der erſten Betrachtung gewonnenen, ſondern an die Spitze derſelben muß eine Darſtellung der die Rechtsverhältniſſe normirenden ſittlichen Anſchauungen geſtellt werden, und die einzelnen daraus entwickelten Sittenſätze müſſen neben den Rechtsſätzen Berückſichtigung finden.

Beide Betrachtungsarten ſind an ſich gerechtfertigt und ergänzen ſich gegenſeitig, denn nur durch eine Verbindung beider gelangt man zu einem höheren Verſtändniß des Rechts. Beide gehören darum der Jurisprudenz an, und es liegt, wenn man dieſen Begriff, wie die Römer es gethan, in ſeinem vollen Umfang faßt, kein Widerſpruch gegen dieſe Behauptung darin, daß ich die zweite Betrachtungsart als die ethiſche bezeichne, während ich die erſtere die ſyſtematiſche nenne [1]). Trotz der Nothwendigkeit der Verbindung beider Betrachtungsarten muß man ſich jedoch in jedem Augenblick bewußt bleiben, von welchem der beiden Standpuncte aus man das Recht oder den einzelnen Rechtsſatz betrachtet.

---

1) Die erſtere Betrachtungsweiſe könnte man auch als mathematiſche bezeichnen, (vergleiche Leibnitz' bekannten Ausſpruch über die römiſche Jurisprudenz). Ihering, Geiſt des röm. Rechts Bd. I §. 3. 4, welcher auf eine größere Berückſichtigung der zweiten Betrachtungsart dringt, bezeichnet dieſelbe als die phyſiologiſche, functionelle, im Gegenſatz zur anatomiſchen. (Leider iſt die zweite Abtheilung des zweiten Bands des erwähnten Werks, aus welcher ich für die Bearbeitung wenigſtens der letzten Partien des vorliegenden Buchs noch gar manchen Nutzen ſchöpfen zu können hoffte, bis jetzt noch nicht erſchienen.)

Es iſt dieß nothwendig bei der Betrachtung eines einzelnen Rechts für ſich, vollends aber bei der Vergleichung mehrerer Rechte, bei welcher eine Vernachläſſigung dieſer Unterſcheidung zu den irrigſten Reſultaten führt.

Dieſer Vernachläſſigung hat ſich aber unſere Jurisprudenz bis auf die jüngſt vergangene Zeit in hohem Grad ſchuldig gemacht, und dieſelbe hat darum um ſo nachtheiligere Folgen gehabt, als man bei der Darſtellung des einen der bei uns geltenden Rechte ſich vorzugsweiſe der einen Betrachtungsweiſe bedient hat, bei der Behandlung des anderen Rechts hingegen vorzugsweiſe von dem anderen Geſichtspunct ausgegangen iſt, ohne ſich über dieſe Verſchiedenheit klar geworden zu ſein.

Bei dem Studium und der Darſtellung des römiſchen Rechts berückſichtigt man uſuell nur die einzelnen formulirten Rechtsſätze und ihre formalen Beziehungen zu einander; man ſucht jeden Rechtsſatz direct aus einem anderen oder aus der aus mehreren anderen Rechtsſätzen abſtrahirten Rechtsidee abzuleiten. Allerdings kann man ſich zur Erklärung mancher Rechtsſätze und zur Rechtfertigung mancher ſcheinbarer formeller Conſequenzen der Berückſichtigung der Sitte nicht ganz entſchlagen, aber man greift, und namentlich gilt dieß für die dogmatiſchen Darſtellungen, nur ungern dazu gleich wie zu einem letzten Nothbehelf. Allerdings enthält man ſich bei der Gruppirung der Rechtsſätze nicht immer völlig der Berückſichtigung des Zwecks derſelben und macht dieſen mitunter zu dem Mittelpunct der einzelnen Gruppe [2]), allein es iſt dieß Verfahren nur ein ausnahmsweiſes; regelmäßig bildet die nothwendige gemeinſame Vorausſetzung der Rechtsſätze das ſie zur Gruppe (Rechtsinſtitut) verbindende Moment. — Kurz

2) Vergl. Kuntze in der münchener krit. Ueberſchau B. II S. 182. 183. S. a. Gersdorf's Repertorium 1852. September S. 258.

es ist die systematische Behandlung, welche in der Darstellung des römischen Rechts vorwaltet.

Bei der Darstellung des germanischen Rechts hingegen ist die ethische Betrachtungsweise die vorherrschende. Nicht nach ihrem reinen Inhalt pflegt man die Rechtssätze darzustellen und zu gruppiren, sondern den Mittelpunct der einzelnen Betrachtung bildet ein Lebensverhältniß und die in demselben zu realisirende sittliche Idee. Die zu dem Ende formulirten Sitten- und Rechtssätze werden mit beständiger Bezugnahme auf diesen Zweck untersucht und neben einander dargestellt.

Diese Verschiedenheit der Behandlung ist nicht eine Zufälligkeit in der Art, daß sie lediglich aus der Willkür der Juristen hervorgegangen wäre, aber es wäre völlig unbegründet, wenn man annehmen wollte, daß jedem der beiden Rechte gerade die eine Art der Behandlung die ausschließlich angemessene sei; die Verschiedenheit erklärt sich vielmehr durch die äußerliche Gestaltung beider Rechte und ihrer Quellen. Die Römer waren von früher Zeit an gewöhnt, die durch das staatlich organisirte Volk oder andere staatliche Organe festgestellten Rechtssätze scharf zu präcisiren und die römische Jurisprudenz entwickelte die neu sich bildenden Rechtssätze immer in Hinsicht auf ihre Realisirung, wendete also selbst die systematische Methode an. So war denn durch das Studium der Quellen das abstracte Erfassen der Rechtssätze von selbst gegeben, und man fand sich auf die systematische Methode hingewiesen. — Das ältere germanische Recht bildete sich hingegen fast ganz ohne staatliche Einwirkung im Volk, beziehungsweise in einzelnen engeren Kreisen aus, es fand weder durch ein bestimmtes staatliches Organ noch in der Wissenschaft eine abstracte Formulirung. Auch behandeln die Rechtsquellen das Dargestellte meistens nicht mit Bezugnahme auf

die rechtliche Realiſirung, es läuft daher in ihnen Thatſächliches und Rechtliches oft ungeſondert neben einander her. Die Rechtsſätze der einzelnen Rechtskreiſe endlich weichen oft ſo ſehr von einander ab, daß man einen ſie vereinigenden höheren Ausdruck in nichts Anderem, als in der ſittlichen Idee, aus welcher ſie entſproſſen ſind, reſp. zu deren Realiſirung ſie dienen ſollen, finden kann. Die unvollkommene Ausbildung des Rechts und die Beſchaffenheit der Quellen führten daher wie von ſelbſt zu einem Vorherrſchenlaſſen der ethiſchen Rechtsauffaſſung.

Dazu kömmt, daß das Studium des abſtracten römiſchen Rechts durch ſeine innere Vollendung, vermöge welcher es als ein abgeſchloſſenes Ganze erſcheint, eine innerliche Befriedigung gewährt, das alte germaniſche Recht aber erſt als Ganzes erſcheint, wenn man es in Zuſammenhang mit der Sitte auffaßt. Die einzelnen Inſtitute finden ihren Mittelpunct in der ſie beherrſchendrn ſittlichen Idee, ein Abſtrahiren von dieſer ſcheint alſo gleichſam der organiſchen Zuſammenhang zu zerreißen und das Rechtsmaterial in eine rohe unzuſammenhängende Maſſe zu verwandeln. Es ſchien daher ſogar ein äſthetiſches Intereſſe zu der erwähnten Behandlungsart zu drängen.

Betrachtet man den Einfluß, welchen das Vorherrſchen der einen Behandlungsart auf die Erkenntniß des einen Rechts an ſich gehabt hat, ſo iſt dieſer ſowol für die Erkenntniß des römiſchen, als auch die des germaniſchen Rechts ein nachtheiliger, aber der Nachtheil iſt größer hinſichtlich der erſteren, als hinſichtlich der zweiten. Ob wir die das Dotalrecht der claſſiſchen Zeit beherrſchende Idee einer ehelichen Gütergemeinſchaft erkennen, ob wir die gleiche Function das interdictum de glande legenda, der aquae pluviae arcendae actio und der Servitutsklagen berückſichtigen oder nicht, hat auf die Erkennt-

niß und Darſtellung der einzelnen Rechtsſätze keinen beſtimmenden Einfluß. Hat man doch gerade die Abſicht das Recht und nichts als das formulirte Recht darzuſtellen, und kann es deßwegen ſogar nur vortheilhaft ſein, wenn man auch da, wo die Wiſſenſchaft bei der Entwickelung der Rechtsſätze dieſe nach ihren Functionen gruppirt[3]), von dieſer ausnahmsweiſen Behandlung abgeht. Höchſtens gelangt man durch die Gewöhnung an die ausſchließlich ſyſtematiſche Behandlung zu der Annahme, daß eben die Jurisprudenz nur hierauf beſchränkt ſei.

Die übliche Behandlungart des germaniſchen Rechts würde, da die ethiſche Betrachtung an ſich berechtigt iſt, eben ſo wenig ſchaden, wenn man ſich nur des Ausgangspunctes immer klar bewußt wäre. Aber dieſes iſt regelmäßig nicht der Fall. Man glaubt vielmehr im Allgemeinen in derſelben Weiſe mit dem behandelten Material zu verfahren, wie der Romaniſt mit dem ſeinigen, und ſchiebt die Abweichung auf die Verſchiedenheit des behandelten Stoffs. Die ſchädliche Wirkung kann nicht ausbleiben: Man operirt mit ſittlichen Begriffen und gibt ſie für Rechtsbegriffe aus; man ſtellt ſittliche Inſtitute dar und glaubt Rechtsinſtitute conſtruirt zu haben; man entwickelt Sittenſätze, die nur zum Theil rechtlich realiſirbar ſind, und proclamirt ſie als Rechtsſätze; man verbindet an ſich ſelbſtſtändige Rechtsſätze, die nur durch die gemeinſame Function in Betreff eines beſonderen Lebensverhältniſſes ihre Vereinigung finden, und leitet aus dieſer zufälligen Verbindung eine Rechtsidee ab, aus welcher man wieder rechtliche Conſequenzen zieht. Dadurch iſt es möglich geworden, zum nicht geringen Schaden der Wiſſenſchaft und des Rechtlebens: Thatſachen, wie Geſammteigenthum, eheliche Gütergemeinſchaft, erfrühte Erbfolge, als Rechtsbegriffe aufzuſtellen.

3) S. o. N. 2.

Zum Theil war es naive Unbefangenheit, aus welcher dieſes Verkennen des Weſens der angewandten Behandlungsart hervorging, zum großen Theil war es aber bewußte Oppoſition gegen das römiſche Recht und deſſen Geltung bei uns, welche dazu führte. Und nach Einer Richtung hin iſt auch dieſe Oppoſition gerechtfertigt. Wie oft hatte man nicht die ausſchließliche Geltung gewiſſer römiſcher Rechtsanſchauungen mit allen ihren Conſequenzen prätendirt, während nur einzelne Rechtsſätze recipirt waren, wie oft hatte man bei der Behandlung germaniſcher Inſtitute nicht in der Weiſe römiſcher Juriſten die leitende Rechtsidee erfaßt und dem rechtlichen Inhalt die angemeſſene Form gegeben, ſondern denſelben in eine vorhandene einem anderen Inhalt angepaßte Form gezwängt. Hiergegen galt es zu opponiren, und es iſt nicht zu verkennen, daß unſere Germaniſten hierin Rühmliches geleiſtet haben. Aber die Oppoſition ſchoß über ihr Ziel hinaus. Nicht nur gegen römiſchen Stoff, nicht nur gegen die unpaſſende römiſche Form richtete ſie ſich, ſondern ſie verwarf auch die Anwendung der Methode, durch welche das römiſche Rechtsſyſtem zu dem geworden iſt, als was wir es heut zu Tage vor uns ſehen. Weil der germaniſche Geiſt gerettet und gewahrt werden ſollte, ſo wollte man denſelben auch in ſeiner ganzen Eigenthümlichkeit und Freiheit erhalten und argwöhnte in jeder juriſtiſchen Conſtruction, bei welcher mit Begriffen operirt wurde, die von der römiſchen Jurisprudenz zur klaren Anſchauung gebracht worden ſind, einen Verſuch den Geiſt in fremde Feſſeln zu legen oder durch Abſtraction zu verflüchtigen. Man gab lieber die rechtliche Conſtruction eines Inſtituts auf und referirte nur über deſſen Entſtehung und ſittliche Bedeutung, als daß man eine Conſtruction des vielleicht nur in geringem Maß in demſelben vorhandenen rechtlich realiſirbaren Stoffs in der den Romaniſten geläufiger Weiſe zugab. Man

brandmarkte das letztere Verfahren als romaniſiren, eine Bezeichnung, welche, in ſo fern ſie eine tadelnde ſein ſoll, nur für das früher übliche Verfahren gebraucht werden kann, gegen welches, wie bemerkt, eine germaniſtiſche Oppoſition gerechtfertigt war.

Daß das germaniſche Recht auch eine vorzugsweiſe ſyſtematiſche, ſ. g. romaniſtrende, Behandlung zuläßt, haben die Arbeiten einiger namhaften Germaniſten bewieſen. Folgen wir dieſem Beiſpiel mit aller Energie. Mag auch wegen der beſonderen Beſchaffenheit unſeres Rechtsſtoffs, namentlich des älteren, unſere Aufgabe ſchwieriger ſein, als die der Romaniſten, um ſo belohnender iſt ſie, beſonders hinſichtlich der modernen Rechtsgebilde. Daß der „moderne Drang zu ſyſtematiſiren“ nicht zu einem Verkennen des germaniſchen Geiſtes führe, davor werden wir durch die neben der ſyſtematiſchen hergehenden ethiſche Behandlung gewahrt werden. Auch die Unterſuchung der Function der Rechtsſätze, auch die Darſtellung der die Rechtsinſtitute beherrſchenden ſittlichen Ideen, auch die Erkenntniß der zur Realiſirung derſelben neben den Rechtsſätzen geltenden Sittenſätze iſt, ich wiederhole es, Aufgabe der Jurisprudenz im höheren Sinn, und wir dürfen es nicht verkennen, daß auf dieſem Gebiet die Germaniſten Erſprießlicheres geleiſtet als die Romaniſten bis zu Ihering. Wie das gegenſeitige Verhältniß beider Behandlungsarten im einzelnen Fall feſtzuſtellen iſt, ob man die eine ganz zurücktreten läßt, oder ihr nur eine geringere Berückſichtigung zuwendet, iſt durch den Zweck der einzelnen Darſtellung bedingt: nicht genug aber kann es hervorgehoben werden, wie unumgänglich nothwendig es iſt, daß ein klares Bewußtſein der jedesmal befolgten Behandlungsart herrſche.

Wenn die Unklarheit hierüber für die Erkenntniß des einzelnen Rechts ſchon eine ſehr ſchädliche iſt, ſo iſt die nach-

theilige Wirkung derſelben noch weit erſichtlicher, ſobald es gilt verſchiedene Rechte zu vergleichen, und die irrigen Reſultate, zu welchen man ſo vielfach bei Vergleichnug des römiſchen und germaniſchen Rechts gelangt iſt, baſiren faſt ausſchließlich auf dieſer Unklarheit.

Es wird nicht leicht jemand eine Vergleichung zwiſchen zwei Perſonen in der Art vornehmen zu können glauben, daß er die geiſtige Ausbildung des Einen vorzugsweiſe berückſichtigt, während er das ſittliche Verhalten des Anderen, ſeine Stellung zu Dritten und zum Staat in's Auge faßt, und doch macht man ſich kein Gewiſſen daraus, die durch die übliche Behandlungsart des römiſchen und des germaniſchen Rechts gewonnenen Reſultate zu paralleliſiren. Dieß Verfahren iſt keineswegs neu und ungewöhnlich, ſondern findet faſt überall ſtatt, wo eine derartige Vergleichung vorgenommen wird, nur auf die Spitze getrieben iſt es in dem Buche, welches die nächſte Veranlaſſung zu dieſer Arbeit gab und als deſſen Widerlegung ſie äußerlich erſcheint [4]).

---

4) Wenn man, wie dieß von Schmidt (der principielle Unterſchied u. ſ. w.) in Betreff des römiſchen Rechts geſchieht, lediglich von der Betrachtung der formulirten Rechtsſätze an ſich ausgeht, ihren Cauſalzuſammenhang mit der Sitte, wo dieſer tiefer liegt, einfach ignorirt, wo er ſich mit Nothwendigkeit aufdrängt, für eine Inconſequenz und nicht zu berückſichtigende Ausnahme erklärt, ſo muß man mit Nothwendigkeit überall auf Erſcheinungen ſtoßen, welche ſich als Manifeſtationen des ſubjectiviſtiſchen Princips darſtellen, wie dieß Schmidt aufſtellt (ſ. u. S. 1), aber freilich iſt das gewonnene Reſultat eben nichts Anderes als eine formell andere Faſſung für die willkürlich gewählten Vorausſetzungen. — Zu derſelben Identität der Reſultate mit den Vorausſetzungen gelangt man, wenn man, wie dieß in dem erwähnten Buch hinſichtlich des germaniſchen Rechts geſchieht, von der ſittlichen Anſchauungsweiſe eines Volks ausgehend die Realiſirung derſelben durch als nothwendig erkannte Sätze betrachtet, aber die rechtliche Realiſirbarkeit derſelben nicht berückſichtigt. Da ſich die einzelnen Rechtsſätze neben den Sittenſätzen als Mittel zur

Verglichen werden können beide Rechte nur dann, wenn man bei beiden entweder die ſyſtematiſche oder die ethiſche Betrachtungsweiſe anwendet und die gewonnenen Ergebniſſe neben neben einander ſtellt; ſchlechterdings unmöglich wird die Vergleichung, wenn man bei der Behandlung der beiden Rechte von verſchiedenen Geſichtspuncten ausgeht. Ein erſprießliches Reſultat aber kann nur dann gewonnen werden, wenn man die zu vergleichenden Rechte nach beiden Richtungen in's Auge faßt, denn nur durch die Combination beider Behandlungsarten kann ein höheres Verſtändniß jedes einzelnen Rechts gewonnen werden, und nur unter dieſer Vorausſetzung iſt die Würdigung der Bedeutung der Reception des römiſchen Rechts für unſer Rechtsleben möglich. —

In dem Buche, welches ich hiermit der Oeffentlichkeit übergebe, iſt eine Vergleichung des römiſchen und germaniſchen Rechtsſtoffs nach den beiden angegebenen Richtungen hin verſucht worden, und wenn in Bezug auf das römiſche Recht die ſyſtematiſche, in Bezug auf das germaniſche die ethiſche Behandlungsart in den Vordergrund geſtellt iſt, ſo erklärt ſich dieß aus dem Umſtand, daß gerade dieſe Behandlungsarten über Gebür vernachläſſigt worden ſind.

Daß das Buch in genauer Beziehung zu: „C. A. Schmidt, Oberappellationsrath zu Roſtock, der principielle Unterſchied zwiſchen dem römiſchen und germaniſchen Rechte", ſteht, ergibt ſchon der Titel, der zugleich

---

Realiſirung der ſittlichen Idee darſtellen, ſo erkennt man in ihnen Manifeſtationen des objectiviſtiſchen Princips, wie Schmidt dieſes aufſtellt, hat dadurch aber nichts weiter gewonnen, als die Ueberzeugung, daß ein Volk ſeine ſittliche Anſchauung realiſirt. Belege dafür, daß Schmidt in der That von den erwähnten verſchiedenen Vorausſetzungen ausgeht, werden unten vielfältig gegeben werden.

auch ſchon die Stellung beider Bücher zu einander andeutet. Der Anſchluß an das erwähnte Buch hat den äußeren Grund, daß daſſelbe bis jetzt das einzige Werk iſt, welches ſich in eingehender Weiſe mit der Vergleichung beider Rechte beſchäftigt, und den inneren Grund, daß der Verfaſſer deſſelben die Anſicht von der principiellen Verſchiedenheit beider Rechte in extremſter Weiſe vertritt. Dieſe beiden Umſtände brachten es mit ſich, daß alle Argumente, welche für dieſe Verſchiedenheit aufgeſtellt werden können, von Schmidt geltend gemacht ſind, und es erſchien daher als unnöthig, die in dem vorliegenden Buch zu bekämpfenden Anſchauungen, wie ſie an den verſchiedenſten Orten mehr oder weniger prägnant vorgetragen ſind, im Einzelnen anzuführen und zu widerlegen, ohne daß doch bei einem genauen Anſchluß an Schmidt's Darſtellung und einem ſchrittweiſen Verfolgen derſelben der Vorwurf zu befürchten war, daß der vorhandene Stoff einſeitig behandelt, das Paſſende ausgewählt, das Unbequeme bei Seite gelaſſen werde. Daher glaubte ich auch, trotz der mancherlei Inconſequenzen, welche dieß Anſchließen an einen fremden Gedankengang, namentlich hinſichtlich der Vertheilung des Materials, mit ſich bringt (manchen Paragraphen mußten noch einmal ſo viele Bogen eingeräumt werden, als andere Seiten beanſpruchen konnten [4]), doch nicht davon ablaſſen zu dürfen, und habe auch die Eintheilung des Buchs herüber genommen, wie ſchon aus dem beibehaltenen Ueberſchriften erſichtlich iſt. Nur einmal iſt ein Paragraph verſtellt worden (§. 3, bei Schmidt §. 7) und der erſte Abſchnitt des zweiten Theils wurde in anderer Weiſe zerlegt.

Wenn nun aber das vorliegende Buch durch dieſen Anſchluß das äußere Anſehen einer Streitſchrift gegen einen ein-

4) Dem dadurch entſtandenen Mangel der Ueberſichtlichkeit ſoll das vorangeſchickte ausführliche Inhaltsverzeichniß abhelfen.

zelnen Gegner gewonnen hat, so beschränkt sich doch sein Inhalt keineswegs auf eine Bekämpfung der Darstellung Schmidt's. Der überwiegend größere Theil des Buchs enthält eine selbstständige Entwickelung und Vergleichung der Grundprincipien beider Rechte, an welche die Widerlegung Schmidt's oder derjenigen Schriftsteller, welche die entgegenstehende Ansicht in der einzelnen Lehre hauptsächlich vertreten, geknüpft wurde. Nur in den beiden ersten Capiteln des zweiten Abschnitts des ersten Theils schien ein wesentlich polemisches Verfahren geboten, von da an bildet nur in seltenen Fällen die Polemik den Mittelpunct der Darstellung. Der erste Abschnitt des ersten Theils enthält nur ein kurzes Referat über die Ausgangspuncte resp. das Beweisthema Schmidt's.

Da in dem allgemeinen Theil die Vergleichung beider Rechte von den verschiedenen allgemeinen Gesichtspuncten aus vorgenommen ist, so bedarf es hier nur noch der Zusammenstellung der gewonnenen Resultate:

1) Sowol das römische als das germanische Recht ist überall von der sittlichen Anschauung des Volks ausgegangen.

Diese selbst ist, soweit sie im Privatrecht zu realisiren ist, bei beiden Völkern wesentlich übereinstimmend.

Daher stimmen auch die römischen und germanischen Rechtsprincipien wesentlich überein.

2) In ihrem formalen Ausdruck gehen dieselben oft weit aus einander.

Dieß ist namentlich in den älteren Zeiten der Fall.

Der äußere Grund dafür liegt in der Einheit und Geschlossenheit des Gebiets, auf welchen das römische Recht entstand — der staatlich orga-

niſirten Stadt Rom, gegenüber der Vielheit und mangelhaften ſtaatlichen Organiſation der germaniſchen Rechtskreiſe; der innere Grund iſt zu ſuchen in der Verſchiedenheit der ökonomiſchen Verhältniſſe und dem von verſchiedenen Phaſen der ſittlichen Ausbildug einzelner Juſtitute genommenen Ausgang.

3) In der Fortbildung nähern ſich beide Rechte mehr und mehr.

Das römiſche Recht hat ſeine Ausbildung früher vollendet, als das germaniſche.

Die Reception des römiſchen Rechts in Deutſchland erſcheint als der Uebergang zu einer höheren Rechtsſtufe. —

Schließlich noch zur Vermeidung möglicher Vorwürfe die Bemerkung, daß das vorliegende Werk ſich lediglich auf die Behandlung der geſtellten Aufgabe beſchränkt. Das germaniſche Recht wurde daher im Allgemeinen nur bis zur Reception des römiſchen Rechts genauer betrachtet, und auf die moderne Rechtsbildung nur in einzelnen Fällen eingegangen, in welchen man dieſelbe auf germaniſche Rechtsanſchauungen im Gegenſatz zu den römiſchen zurückzuführen pflegt. Ungerechtfertigt aber würde es ſein, wollte man mir deßwegen die Anſicht unterſchieben, als verkännte ich die Forteriſtenz germaniſcher Anſchauungen im modernen Recht. Sicherlich beruht das moderne Recht noch auf gar manchen germaniſchen Rechtsanſchauungen, aber die hohe Ausbildung, welche die daraus entſprungenen Rechtsſätze und Rechtsinſtitute erlangten, erfolgte unter beſtändiger directer und indirecter Einwirkung des römiſchen Rechts. Eine Vergleichung derſelben mit dem römiſchen Recht iſt daher nichts weniger als eine Vergleichung der

römiſchen und germaniſchen Rechtsprincipien [5]). — Ferner werden allgemeine Charakteriſtiken beider Rechte immer nur ſoweit gegeben, als ſie für die Vergleichung geeignet erſcheinen. Charakteriſtiken eines einzelnen Rechts in ſeiner Geſammtheit oder eines einzelnen demſelben angehörenden Inſtituts, bei welchem von einem Geſichtspunct ausgegangen wurde, von dem aus eine einheitliche Ueberſicht über das andere Recht oder das entſprechende Inſtitut deſſelben ſich nicht gewinnen läßt, mußten dagegen ausgeſchloſſen bleiben. Durch dieſen Ausſchluß iſt aber die Berechtigung ſolcher Charakteriſtiken nicht in Abrede geſtellt, es wird vielmehr ihr Nutzen für die Förderung der Erkenntniß des einzelnen Rechts ausdrücklich hervorgehoben.

5) Gar häufig verfällt man noch dazu bei einer ſolchen Vergleichung in den Fehler, Sätze von unzweifelhaft römiſchem Urſprung, welche im modernen Recht nur von den zufälligen Beſchränkungen befreit ſind, für germaniſchen Urſprungs zu erklären. Vgl. S. 444.

Erſter Theil.

Die Verſchiedenheit der oberſten Vorausſetzung und der principiellen Begriffe des römiſchen und des germaniſchen Rechts.

Erſter Abſchnitt.

Die Verſchiedenheit der oberſten Vorausſetzung.

---

§. 1.

Das Princip der Subjectivität als Grundlage des römiſchen Rechts.

„Das Denken des Menſchen, der ſich und ſein Daſein zu begreifen ſucht, bedarf einer beſtimmten Vorausſetzung, welche den Ausgangspunct für ſeine geiſtigen Operationen bildet, und auf welche ſein ganzes Gedankenſyſtem begründet iſt. — Dieſe Vorausſetzung iſt entweder das Subject des Denkenden, ſein Ich (Princip der Subjectivität) oder die Geſammtheit der ihn umgebenden Dinge, die Welt, und das bewegende und ſchaffende Princip derſelben, der Urgrund aller Dinge, die Gottheit (Princip der Objectivität).“

Gemäß dem ersten Princip erscheint der Mensch als vernünftiges und wollendes Wesen, befähigt und daher berechtigt, selbst zu erkennen, was ihm frommt, und nach eigener Wahl und freiem Entschluß zu handeln. Hierin besteht seine Freiheit und diese ist begrifflich unbeschränkt, da der Gebrauch derselben durch die Coexistenz mehrerer Menschen zwar thatsächlich beschränkt, sie selbst aber weder aufgehoben noch gemindert werden kann. Diese äußere Freiheit wird auch nicht berührt durch die aus dem sittlichen und religiösen Bewußtsein hervorgehende sittliche Beschränkung.

Diese kommt nur zur Frage in dem Verhältniß des Menschen zu Gott und gerade dieß Verhältniß, welches in seinem Resultat, dem Sittengebot, von verschiedenen Menschen verschieden aufgefaßt wird, macht ein Abhängigkeitsverhältniß zu andern Menschen unmöglich, da durch dieses der Mensch verhindert sein kann, in sittlichen Fragen seiner eigenen subjectiven Ueberzeugung gemäß zu handeln. Die absolute Freiheit des Einzelnen erscheint mithin als *ethisches Postulat*. Wenn daher auch in der Wirklichkeit Subjectionsverhältnisse vorhanden sind, so muß der Zustand der Freiheit mindestens begrifflich vorausgegangen gedacht werden. In dem natürlichen Zustand stehen die Menschen *rechtlich einander fremd und pflichtlos gegenüber*. Das Recht der Stärke gilt, durch dieses entsteht Sclaverei. Zum Schutz der persönlichen Freiheit wird durch Vertrag der Staat geschaffen. Von der ursprünglichen Freiheit wird daher auch möglichst wenig geopfert, die Aufgabe des Staats beschränkt sich darauf: „die Rechtssphäre der einzelnen Staatsbürger abzugränzen und gegen Verletzungen zu sichern; dagegen innerhalb seiner Rechtssphäre dem einzelnen Rechtssubjecte seine volle ursprüngliche Souveränetät ungeschmälert zu lassen.“ Die nur subjectiv erkennbaren Vorschriften des Sittengesetzes wer-

den nicht zu Rechtsvorschriften erhoben. Das sittliche und rechtliche Verhältniß der Menschen wird genau geschieden.

Daß diese Grundlagen der Rechtsphilosophie der „Neuern" auch die der Römer waren, zeigt sich in der Bildung der Sage von der Entstehung Roms, die von der der andern Völker abweicht, und in dem ihr entsprechenden geschichtlichen Leben des römischen Volks, dessen Lebensaufgabe nach außen die durch keine höhere sittliche Idee gerechtfertigte Eroberung der Welt war, nach innen die Sicherung der persönlichen Freiheit durch eine vollendete Rechtsordnung. Beide Aufgaben sind in bester Weise gelöst worden. Endlich aber entspricht auch der Inhalt des römischen Rechts den aufgestellten Grundsätzen. Dieses beschränkt sich auf Regelung der äußeren rechtlichen Verhältnisse zu den übrigen Menschen und überläßt die Erfüllung des Sittengesetzes dem Gewissen des Einzelnen. Das römische Recht weicht darin aber von der „heutigen subjectivistischen Staats- und Rechtslehre" ab, daß es mit größerer Consequenz die durch Staat und Recht zu realisirende Freiheit nicht allen Menschen vindicirt, sondern nur den den Staat gründenden und den in die Gemeinschaft recipirten Personen, und zwar können unter ersteren nur die verstanden werden, welche ihrer Person mächtig und keiner fremden Gewalt unterworfen waren. Das römische Recht realisirt die Freiheit einzelner Familienväter.

Schließlich wird ausdrücklich Verwahrung dagegen eingelegt, daß den Römern der Vorwurf der Irreligiosität und Unsittlichkeit gemacht und ihnen die Ansicht zugeschrieben werde, als sei der Staat bei dem sittlichen und unsittlichen Verhalten des Einzelnen nicht interessirt. Gerade daß Religion und Sitte bei den Römern so stark gewesen, habe bewirkt, daß das Recht sich nicht um Wahrung derselben zu kümmern brauchte, und erst später, bei Verfall der Sitte,

ſei ein indirectes Einſchreiten des Staats nothwendig geworden.

§. 2.

Das Princip der Objectivität als Grundlage des germaniſchen Rechts.

Das Princip der Objectivität geht von der Vorausſetzung nicht des Ich, ſondern der Welt aus. Dadurch iſt die Anerkennung einer außer der Perſon des Einzelnen liegenden die Welt und damit dieſe Perſon ſelbſt beherrſchenden objectiven Macht nothwendig gegeben. Dieſe Macht ſtellt ſich, einerlei, ob ſie als Gebot eines perſönlichen Gottes, oder als ſelbſtſtändige Potenz gedacht wird, als objectives Sittengeſetz dar. Dieſes ſchließt den natürlichen Zuſtand abſoluter Freiheit ſchon vor dem Staat aus, es begründet ein Fraternitätsverhältniß unter den Menſchen und verpflichtet ſie, einander in allen rechten und ſittlichen Dingen beizuſtehen. Dieſe Verpflichtungen beſtehen vor dem Staat nur als ſittliche Verpflichtungen, aber ihre Erfüllung iſt nicht dem Gewiſſen der Einzelnen überlaſſen, ſondern durch das Gewiſſen Aller geſchützt. Da die Vorſchriften des Sittengeſetzes etwas objectiv Nothwendiges ſind, d. h. etwas, was überhaupt und von Allen gethan und deſſen Verwirklichung von jedem gefordert werden muß, ſo muß der Einzelne nicht nur ſelbſt dieſen Vorſchriften gemäß handeln, ſondern auch dahin wirken, daß dieß überall und von Allen geſchehe — jeder iſt verpflichtet, „das Recht zu ſtärken und das Unrecht zu kränken.“ Dieß kann durch vereinzeltes Wirken nicht gehörig erreicht werden, daher die ſittliche Nothwendigkeit, ſich zur Realiſirung ſittlicher Lebenszwecke zu verbinden, daher Recht und Staat — beide Producte des Sittengeſetzes und beide göttlichen Urſprungs, von den Menſchen nur zur Erſcheinung gebracht. Staatszweck iſt

Realiſirung des Sittengeſetzes. Dieſe kann ſo erfolgen, daß der Staat die Forderungen des Sittengeſetzes auf legislativem und adminiſtrativem Wege unmittelbar verwirklicht — griechiſches Syſtem. Nach der germaniſchen Auffaſſung hat aber die ſittliche Handlung nur als freie Werth; demgemäß gelangen die Germanen nur zu einer mittelbaren Realiſirung des Sittengeſetzes durch den Staat, indem ſie als Staatszweck den Schutz des ſittlichen Thuns des Einzelnen und die Möglichmachung der Realiſirung ihrer ſittlichen Lebensaufgabe auffaſſen, die Erfüllung des Sittengeſetzes aber, ſoweit dieß ohne Beeinträchtigung der ſittlichen Grundlage des Gemeindelebens geſchehen kann, dem Gewiſſen des Einzelnen überlaſſen. Das Gebiet der ſtaatlichen Thätigkeit iſt von gleichem Umfange mit derjenigen Menge von ſittlichen Normen, über deren Exiſtenz und Inhalt allgemeines Einverſtändniß herrſcht.

Zum Schluß wird noch eine Erklärung, warum das objectiviſtiſche Princip faſt bei allen Völkern, das ſubjectiviſtiſche aber gerade bei den Römern ſich vorfinde, aus der Entſtehungsgeſchichte der Völker verſucht. Die meiſten Völker ſind aus der Familie und dem Stamm natürlich organiſch erwachſen, der Urſprung der ſtaatlichen Verhältniſſe geht über ihre Erinnerung hinaus, er wird deßhalb nicht im Willen der Einzelnen geſucht; ferner iſt die ſittliche Anſchauungsweiſe des Volks eine homogene, das Sittengeſetz wird für allgemein wahr anerkannt und es erſcheint daher natürlich, daß daſſelbe zum Recht erhoben wird. Das römiſche Volk entſteht durch Zuſammenfluß von Gliedern verſchiedener Völker, die verſchiedene ſittliche Anſchauungen mitbringen, oder ſie erleiden wenigſtens durch ſtarke Einwanderungen oder in Folge anderer Umſtände vielfache Verſetzung durch andere Elemente. Der Einzelne unterwirft ſich durch freien Willen dem Staat, und es exiſtiren verſchiedene ſittliche Auffaſſungen

neben einander; der Staat wird daher als Product des Willens betrachtet, ein abſolutes göttliches Willensgeſetz kann nicht anerkannt und darum auch nicht als Grundlage des Rechts angeſehen werden. Als Aufgabe des Rechts kann nur gelten, jedem die volle Freiheit ſeiner ſubjectiven ſittlichen Ueberzeugung zu gewähren und zu ſichern.

Nachdem der Verfaſſer [1]) die ſeiner Anſicht nach dem römiſchen und dem germaniſchen Recht zu Grunde liegenden Principien aufgeſtellt hat, verſucht er es, in dem weitern Verlauf des Werks die Einwirkung dieſer Principien auf die Bildung der einzelnen Rechtsbegriffe und Rechtsſätze nachzuweiſen. Dieſe Unterſuchungen ſollen zugleich als Beweiſe für die Richtigkeit der aufgeſtellten Grundprincipien dienen. Es iſt daher gerechtfertigt, daß dieſe Beweiſe vorerſt im Einzelnen geprüft werden, ehe ein Urtheil über die Principien ſelbſt ausgeſprochen wird.

---

1) Als Verf. bezeichne ich der Kürze wegen in dem Folgenden immer den Verfaſſer „des principiellen Unterſchiedes zwiſchen dem römiſchen und germaniſchen Rechte," Herrn Oberappellationsrath Dr. C. A. Schmidt.

Zweiter Abſchnitt.

Die Verſchiedenheit der Begriffe von Recht, Freiheit und Ehre.

Erſtes Capitel.

Das Recht im objectiven Sinne.

§. 3.

(Schmidt §. 7.)

Das Verhältniß des Rechts zum Sittengeſetz und der Religion [1]).

Nach der germaniſchen und der griechiſchen Anſchauung, ſo argumentirt der Verf., iſt der Inhalt des Rechts ſchon durch das Sittengeſetz gegeben und vorgezeichnet. „Das Recht verhält ſich zum Sittengeſetz, wie der Schmetterling zur Raupe.“ Jedoch nicht der ganze Inhalt des Sittengeſetzes wird zum Recht erhoben, der germaniſche Staat hat nicht wie der griechiſche die Aufgabe, das Sittengeſetz unmittelbar zu realiſiren, die Erfüllung des Sittengeſetzes bleibt auch im Staat die freie That der Einzelnen und durch Staat und Recht ſoll nur das ſittliche Thun der Menſchen geſchützt und gefördert werden. „Innerhalb der durch das Recht gezogenen Schranken muß für jeden Einzelnen eine Sphäre bleiben, innerhalb welcher er nach ſeinem eigenen ſittlichen Ermeſſen zu ſchalten befugt iſt, und der Staat iſt ver-

1) Die Voranſtellung dieſes Paragraphen rechtfertigt ſich dadurch, daß der Verf. das in der Ueberſchrift bezeichnete Verhältniß ſelbſt für den Kardinalpunct erklärt, um den ſich alle Gegenſätze zwiſchen dem römiſchen und germaniſchen Recht drehen.

pflichtet, dieſe Sphäre, das Recht des Einzelnen zu reſpectiren und zu ſchützen.“ Das römiſche Recht dagegen verhält ſich negativ zur Sittlichkeit, keine beſtimmten ſittlichen Vorſchriften ſind zu Rechtsvorſchriften erhoben, die Erfüllung des Sittengeſetzes muß Gewiſſensſache des Einzelnen bleiben. „Die conſequente Durchführung dieſes Princips iſt aber practiſch unmöglich.“ Ein ſittliches Volk fühlt entſchiedenen Unſittlichkeiten gegenüber die Nothwendigkeit einer Repreſſion. „Das Princip kann daher nur ſo lange conſequent feſtgehalten werden, als diejenigen Potenzen, welche principmäßig die Regulatoren des ſittlichen Lebens ſein ſollen, d. h. das Gewiſſen der Einzelnen und die öffentliche Meinung, im Stande ſind, dieſer ihrer Aufgabe zu genügen. Sobald ſich das Gegentheil zeigt, wird ein ſittliches Volk, auch wenn ſeine Anſchauungsweiſe auf das Subjectivitätsprincip gegründet iſt, doch die Nothwendigkeit irgend eines Einſchreitens fühlen und, weil ein directes Einſchreiten nach ſeiner ganzen Anſchauungsweiſe und der darauf gegründeten Conſtruction des Rechts nicht möglich iſt, dieſem Bedürfniß auf indirectem Wege Befriedigung zu verſchaffen ſuchen. Ein ſolches Beſtreben zeigt ſich bei den Römern ſchon ziemlich früh, und daſſelbe nimmt in dem Maße zu, in welchem die ſittliche Kraft und der Stolz der Römer verſchwindet, bis denn endlich unter den chriſtlichen Kaiſern die leitenden Principien auf manchen Rechtsgebieten nur noch eine theoretiſche Bedeutung behalten, in ihrer practiſchen Anwendung aber überall durch ſinguläre Beſtimmungen beſchränkt ſind. Dadurch erhält das römiſche Recht in der Wirklichkeit natürlich in manchen Beziehungen eine andere Geſtalt, als es ſeiner principiellen Anlage nach haben mußte, und der practiſche Unterſchied zwiſchen ihm und dem germaniſchen Recht ſtellt ſich daher in Wirklichkeit ſo, daß das germaniſche Recht von vorn herein von

dem Inhalt des Sittengesetzes ausgeht, und dem höhern sittlichen Zweck der einzelnen Verhältnisse gemäß gestaltet ist, das römische Recht dagegen in seiner ursprünglichen Anlage auf das Princip der natürlichen Freiheit gegründet ist, den wirklich hervortretenden Unsittlichkeiten jedoch hinterher auf indirectem Wege oder durch singuläre Modificationen zu begegnen sucht." Die Beweise dieser Sätze gehören dem speciellen Theil an, es wird in diesem Paragraphen nur ein kurzer, hier zu übergehender Ueberblick über die dort gewonnenen Resultate gegeben (S. 93—95) und hierauf der Censur gedacht, deren sittenrichterliche Thätigkeit als eine im Interesse der Sittlichkeit von dem Volke geduldete eigenmächtige Ueberschreitung der Amtsbefugnisse der Censoren aufgefaßt wird.

„Ebenso wie zur Sittlichkeit verhält sich das römische Recht zur Religion." Das Recht, als lediglich „nach dem gesunden Menschenverstand festgesetzt," hat mit der Religion nichts zu thun. Die Sage, daß erst der zweite König den Cultus geordnet habe, ist für das römische Leben bezeichnend. Wenn auch bei den wichtigern Acten des Staats- und Rechtslebens religiöse Feierlichkeiten sich vorfinden, so erscheinen diese doch als accidentell, ohne Einfluß auf den Inhalt jener Acte[2]). Daraus „erklärt sich auch die eigenthümliche Erscheinung, daß, während das Staats- und Rechtsleben der Römer einen durchaus primitiven Charakter trägt, ihre Religion überall auf fremden Ursprung hinweist, und die Römer in der Reception neuer Götter eben nicht difficil waren." Durch dieß negative

2) In der ältesten Zeit, gesteht der Verf. zu, sei dieß anders gewesen. Dieß sei jedoch nur eine Folge des Dualismus des ältesten Rechts gewesen. Das jus Quiritium habe aber gleich Anfangs als menschliches Recht dem göttlichen unabhängig gegenüber gestanden und habe dasselbe früh von dem Boden des eigentlichen Rechtslebens verdrängt.

Verhalten zur Religion ist auch die spätere Reception des Rechts bei christlichen Völkern ohne principielle Umgestaltung möglich geworden, und aus dieser Ursache nur konnten seine Verehrer dem römischen Recht den Charakter der Universalität vindiciren.

Ehe ich auf die vorgetragenen Ansichten des Verfassers im Einzelnen eingehen kann, halte ich es für nothwendig, den Begriff des Rechts, d. i. des positiven Rechts, und sein Verhältniß zur Sitte selbstständig festzustellen und lasse daher vorerst meine Ansichten hierüber im Zusammenhang folgen.

Jedes Volk hat von den ersten Zeiten an eine Summe gemeinschaftlicher Ueberzeugungen von der sittlichen Nothwendigkeit äußerer Zustände, d. i. Zustände der Sinnenwelt. Organ dieser Erkenntniß ist die Vernunft. Die sittliche Nothwendigkeit ist von dem Willen des Menschen unabhängig. Der Mensch kann sie nur als etwas außer ihm Stehendes erkennen. Die Qualification des Gegenstandes dieser Nothwendigkeit als äußeren, seiner thatsächlichen Existenz nach von dem Willen des Menschen abhängigen bewirkt, daß die Vernunft die Nothwendigkeit dieser äußeren Zustände nicht anders erkennen kann, als wenn sie zugleich die Nothwendigkeit des auf die thatsächliche Realisirung desselben gerichteten Willens erkennt. Der vernünftige (d. h. als sittlich nothwendig erkannte) äußere Zustand muß vernünftiger Weise auch realisirt werden. Die gemeinsame Ueberzeugung, verbunden mit dem Realisirungswillen, wird Sitte genannt, die Handlungen, welche zur Realisirung der für nothwendig erkannten äußeren Zustände vorgenommen werden (und wohl auch die Zustände selbst) — Sitten. Jede Opposition gegen den Realisirungswillen ist eine Unsittlichkeit, also namentlich das Unterlassen von Realisirungshandlungen und das positive Han-

deln im Gegenſatz zu Realiſirungshandlungen und zur Zerſtörung realiſirter ſittlicher Zuſtände. Je nach der Intenſivität der Ueberzeugung von der ſittlichen Nothwendigkeit eines äußeren Zuſtandes wird das der Realiſirung deſſelben opponirte Unterlaſſen oder poſitive Handeln als eine größere oder geringere Unſittlichkeit erſcheinen. Entſpringt die Ueberzeugung aus der Ueberzeugung von der Exiſtenz eines höheren Weſens und dem Verhältniß der Träger dieſer Ueberzeugung (Volksreligion) oder der Menſchen im Allgemeinen zu demſelben — aus der religiöſen Ueberzeugung, ſo wird die Unſittlichkeit als Widerſetzung gegen die Gebote des höhern Weſens als beſonders qualificirt erſcheinen. Außerdem iſt es auf der einen Seite die durch die mannichfachſten Verhältniſſe bedingte beſondere Weſenheit der Volksüberzeugung, auf der andern die Größe des factiſchen durch eine beſtimmte Unſittlichkeit hervorgebrachten Nachtheils, welche der Unſittlichkeit eine größere oder geringere Erheblichkeit zumeſſen läßt. Die Gemeinſamkeit der ſittlichen Ueberzeugung, reſp. das ſich dieſer Gemeinſamkeit Bewußtwerden, begründet eine ſittliche Ordnung, als deren letzter Ausdruck der moderne Staat erſcheint.

Auf der unterſten Stufe der ſittlichen Ordnung iſt zwar die Realiſirung der für ſittlich nothwendig erkannten Zuſtände immer nur der Macht des Intereſſenten überlaſſen, die Allgemeinheit der Ueberzeugung von der ſittlichen Nothwendigkeit, die daraus hervorgehende Mißbilligung der entgegenſtehenden Unſittlichkeit iſt aber von ſolcher Stärke, daß ſie die Macht des Individuums an und für ſich vergrößert. Die Mißbilligung kann ſelbſt in ſolcher Stärke auftreten, daß ſie zu einer thatſächlichen Unterſtützung des Behinderten durch Andere führt. Eine ſolche Unterſtützung wird beſonders bei den größeren Unſittlichkeiten, namentlich bei denjenigen, durch welche ein großer Nachtheil zugefügt wird, hervortreten. Es iſt aber vor-

züglich die Evidenz der Unsittlichkeit, welche hier von Wichtigkeit ist, denn in vielen Fällen tritt theils wegen der nicht gehörigen Fixirung und Detaillirung der allgemeinen sittlichen Ueberzeugung selbst, theils wegen der Ungewißheit über die Existenz derjenigen Thatsachen (Bedingungen), an welche die gemeinsame Ueberzeugung die sittliche Nothwendigkeit eines äußeren Zustandes geknüpft hat, ein Zweifel ein, ob eine Unsittlichkeit, resp. auf welcher Seite eine solche vorhanden ist. Aber auch, wo die Unsittlichkeit evident ist, bleibt die Unterstützung des Verletzten immer nur eine möglich e. Wir haben also bis jetzt weder eine hinreichende Sicherheit der Realisirung der sittlichen Ueberzeugungen in Betreff äußerer Zustände, noch, und dieß ist hervorzuheben, eine Unterscheidung zwischen den sittlichen Ueberzeugungen selbst. Ein von der Sitte gesondertes Recht existirt noch nicht.

Um die Unterstützung zu einer nothwendigen zu erheben, ist es erforderlich, daß der Realisirungswille der Anderen in thatsächlich wirksamer Weise gefaßt werde. Dieß kann nur dadurch geschehen, daß nicht mehr der Macht des Einzelnen und der zufällig ihn Unterstützenden die Realisirung des sittlich nothwendigen äußeren Zustandes überlassen bleibt, sondern die Gesammtheit denselben durch ihre Macht realisirt.

Bei allen Völkern und zu allen Zeiten findet sich ein Zusammensein einer Menge von Personen und Familien vor. Dieses Zusammensein wird aber nicht als ein zufälliges erkannt, sondern mit der Erkenntniß der Thatsache ist zu gleicher Zeit die Ueberzeugung von der Zusammengehörigkeit der Zusammenseienden vorhanden und damit nothwendig auch der Wille, diese Zusammengehörigkeit zu realisiren. Wo die Realisirung nicht auf äußere Hindernisse gestoßen ist, tritt die

Idee uns daher auch als uranfänglich realisirte und fortdauernd sich realisirende entgegen. Die Idee realisirt sich aber dadurch, daß die Gesammtheit gemeinsam thätig und, um dieses sein zu können, organisirt ist — eine staatliche Vereinigung, ein Staat ist. Der Staat ist die realisirte und sich fortdauernd realisirende Zusammengehörigkeitsidee. Die Aufgabe des Staats (der Staatszweck) fällt mithin zusammen mit dem Inhalt der Zusammengehörigkeitsidee. Welches ist nun aber der Inhalt dieses Begriffs?

Durch den Gegensatz zwischen Zusammengehören und Nichtzusammengehören ist dieser Inhalt nach einer Seite hin gegeben: Schutz und Vertretung der Staatsglieder Fremden gegenüber. Auch nach einer andern Seite ist hierdurch der Inhalt bestimmt: Zurückweisung der gegen diesen Schutz nach außen und die Bedingungen dazu gerichteten Thätigkeit eines Staatsangehörigen. Da aber in dem sich als zusammengehörig fühlenden Kreise neben dieser Ueberzeugung von der Schutzpflicht nach außen auch die Ueberzeugung von der sittlichen Nothwendigkeit anderer in dem Innern des Kreises zu realisirender äußerer Zustände vorhanden ist, zu gleicher Zeit aber erkannt wird, daß diese Zustände durch den Einzelnen oder Einzelne nicht immer realisirt werden können, so muß der mit der Ueberzeugung zusammen vorhandene Realisirungswille sich dahin ausdehnen, daß die Gesammtheit als solche bei der Realisirung mitwirke. Die Realisirung für sittlich nothwendig erkannter in dem Innern des Staats zu realisirender äußerer Zustände wird also ebenfalls in den Inhalt der Zusammengehörigkeitsidee fallen.

Während nun aber nach der ersten Richtung hin der Inhalt der Zusammengehörigkeit, und also der Staatszweck, überall ziemlich gleichförmig erkannt wird, so ist dieß nach der

zweiten Richtung keineswegs der Fall. Bei verſchiedenen Völkern und zu verſchiedenen Zeiten wird der Thätigkeit des Staats nach innen eine ſehr verſchiedene Competenz zugeſchrieben. Es hängt dieß ab von der Summe der in concreto für ſittlich nothwendig erkannten äußeren Zuſtände ſelbſt und von der auf der Intenſivität der ſittlichen Ueberzeugung und der Erkenntniß von der Möglichkeit oder Unmöglichkeit, Sicherheit oder Unſicherheit der Realiſirung durch den Einzelnen beruhenden verſchiedenen Qualificirung des Realiſirungswillens. Diejenigen ſittlichen Normen über äußere Zuſtände, welche durch den Staat realiſirt werden ſollen, nennen wir Recht (poſitives Recht) [3]). Recht und Sitte bilden daher keinen Gegenſatz, ſondern Recht iſt nur qualificirte Sitte.

Bei der Realiſirung des Rechts betrachtet der Staat dieſes als außer ihm ſtehend von ſeiner Willkür unabhängig — er iſt Diener des Rechts. — Er iſt aber nicht auf die Realiſirung dieſes außer ihm ſtehenden Rechts beſchränkt. Er kann vielmehr auch vermöge ſeiner Macht andere Zuſtände realiſiren, als die durch das Recht gebotenen. Er kann dieß im einzelnen Fall thun, er kann aber auch ſeiner Thätigkeit dadurch eine beſtimmte Richtung anweiſen, daß er Normen über von ihm zu realiſirenden Zuſtände feſtſetzt. Woher er den Inhalt dieſer Normen nimmt, ob aus dem beſtehenden Recht, ob aus der Sitte, ob anderswoher, iſt begrifflich für deren Geltung gleichgültig, da der Staat ja nicht ihrer entferntern Abſtammung wegen ſie realiſirt, ſondern lediglich deßwegen, weil er gewollt hat, weil er die Normen aufgeſtellt hat. Da nun aber dieſe vom Staat aufgeſtellten Normen in derſelben Weiſe realiſirt werden, wie die von dem Willen des Staats

3) Nur in der Bedeutung als poſitives Recht iſt für die Jurisprudenz der Ausdruck „Recht“ ein techniſcher.

unabhängig exiſtirenden Rechtsnormen, und da dieſe letztern gerade nur durch dieſe beſondere Art der Realiſirung ihre beſondere Qualification als Rechtsnormen erhalten haben, ſo iſt eine Ausdehnung des Begriffs Recht auf die erſteren Normen gerechtfertigt [4]). Der Begriff des Rechts iſt ſomit nun ſo zu faſſen, daß er alle Sätze umfaßt, welche durch den Staat realiſirt werden [5]).

---

4) Eine innere Rechtfertigung liegt noch darin, daß die vom Staat gewollten Sätze anfänglich wenigſtens regelmäßig aus derſelben Quelle wie die urſprünglichen Rechtsſätze geſchöpft ſind. Daß übrigens der Gegenſatz in urſprünglichen Zeiten gefühlt worden iſt, zeigt die verſchiedene Auffaſſung der leges barbarorum und der Capitularien.

5) Die Realiſirung kann in verſchiedener Weiſe ſtattfinden. Es gibt eine Reihe von Normen, welche primär und lediglich durch den Staat zu realiſiren ſind. Er realiſirt dieſelben durch poſitive Handlungen ſeiner Organe. Hierhin gehört Alles, was wir Verwaltung nennen, und die Thätigkeit nach außen. Eine andere Anzahl von Normen ſtellt die ſittliche Nothwendigkeit äußerer Zuſtände auf, welche zunächſt durch den Einzelnen realiſirt werden ſollen. Erfolgt dieſe Realiſirung nicht, ſo hat der Staat zu realiſiren. Die Realiſirung durch den Einzelnen erfolgt durch Handeln und Nichthandeln. Iſt ein durch Handeln zu realiſirender Zuſtand durch Nichthandeln nicht realiſirt worden, ſo beſteht die Aufgabe des Staats in einer Thätigkeit zur Realiſirung des nicht realiſirten Zuſtandes (Erfüllung) oder, wenn die Realiſirung dieſes Zuſtandes nicht mehr möglich war, zur Realiſirung eines andern Zuſtandes, durch welchen einer Norm gemäß die durch anfängliche Nichtrealiſirung hervorgebrachte Unrechtlichkeit aufgehoben wird (Präſtirung des Intereſſe). Iſt ein durch Nichthandeln zu realiſirender Zuſtand durch Handeln nicht realiſirt worden (Beſitzſtörung, Diebſtahl, Tödtung, altius tollere), ſo muß die Thätigkeit des Staats darauf gerichtet ſein, daß, im Fall durch ein dem unrechtmäßigen Handeln entgegengeſetztes Handeln der durch Nichthandeln zu realiſirende Zuſtand als realiſirt erſcheint (Rückgabe des Geſtohlenen, Zerſtörung des novum opus), dieſes entgegengeſetzte Handeln vorgenommen werde — wenn aber ein ſolches entgegengeſetzte Handeln nicht möglich iſt (bei Tödtung), oder den zu realiſirenden Zuſtand nicht oder nicht völlig realiſirt (Diebſtahl), ſo hat der Staat neben dem entgegengeſetzten Handeln oder an der Stelle deſſelben die Realiſirung

Iſt nun hierdurch ein Gegenſatz zwiſchen Sitte und Recht gegeben? Nach der aufgeſtellten Erklärung des Rechts läßt ſich ein formeller Gegenſatz gar nicht denken, da beide Begriffe eine Vergleichung nicht zulaſſen. Durch die Ausdehnung des Begriffs iſt nur die Möglichkeit gegeben, daß ein Theil der Rechtsſätze mit der Sitte im Gegenſatz iſt, und eine Gewißheit darüber iſt nur dadurch zu erreichen, daß der Inhalt dieſes Theils der Rechtsſätze erforſcht wird.

Der Wille des Staats iſt nicht der Wille der Geſammtheit der von ihm umfaßten Perſonen, ſondern der Wille Einzelner oder eines Einzelnen. Auch in reinen Demokratieen iſt der Staatswille nicht gleich dem Willen Aller, ſondern gleich dem der irgendwie beſtimmten Majorität. Einſtimmigkeit Aller iſt lediglich Zufälligkeit, und Frauen und Kinder ſind ohnehin nicht berückſichtigt.

Es iſt nun möglich, daß dieſem Einzelnen (dem Geſetzgeber) eine andere Ueberzeugung von der ſittlichen Nothwendigkeit innewohnt, als der den Staat bildenden Geſammtheit, und zwar kann dieß ſeinen Grund haben in Stammverſchiedenheit (der fremde Eroberer gibt Geſetze) oder in dem Befangenſein in einem von der Volksanſchauung abweichenden künſtlich conſtruirten philoſophiſchen Syſteme. Es iſt ferner

---

eines anderen Zuſtandes zu veranlaſſen, durch welchen die durch die Nichtrealiſirung entſtandene Unrechtlichkeit einer Norm gemäß aufgehoben wird (Entſchädigung — Strafe — öffentliche und private).

Ob die Realiſirung durch den Staat ohne Veranlaſſung von außen erfolgt, oder auf Antrag eines Verletzten, ob dieſer Antrag ſelbſtſtändig angebracht werden darf, oder nur bei Gelegenheit eines gegen den Verletzten ſelbſt gerichteten Antrags (exceptiviſch), hat auf das Weſen der Realiſirung ſelbſt keinen Einfluß. Ja, es muß ſelbſt als Realiſirung durch den Staat erſcheinen, wenn eine Handlung des Einzelnen, welche an ſich als widerrechtlich erſcheinen würde, ſobald ſie als Realiſirungshandlung vorgenommen iſt, für nicht widerrechtlich erklärt, reſp. vom Staat ignorirt wird.

möglich, daß der Geſetzgeber zwar mit dem Volke gemeinſam die ſittlichen Ideen erkennt, aber aus äußeren Gründen ſie nicht durch den Staat realiſirt — daß er unvernünftig will. — Alles dieß ſind aber Anomalieen. In einer geſunden naturgemäßen Staatsentwickelung, bei einer vernünftigen Staatsverfaſſung [6]) kann zwar eine Abweichung der ſittlichen Anſchauung des Geſetzgebers von der des Volks ſich in einem Geſetze manifeſtiren, auch ein unvernünftiger Wille kann ein Geſetz erzeugen — ſolche Erſcheinungen bleiben jedoch immer vereinzelt, und es bleibt geradezu undenkbar, daß die geſammte Geſetzgebung mit der Sitte des Volks fortdauernd in Widerſpruch ſei, ja daß ſich ein Begriff des Rechts, der mit dem der Sitte principiell in Oppoſition ſei, bilde. Am deutlichſten ergibt ſich dieß, wenn man auf urſprüngliche Zuſtände zurückgeht. Thatſache iſt es, daß jede ſtaatliche Verbindung in einer Phaſe der Entwickelung geſtanden hat, in welcher der Staat ſelbſt Rechtsnormen nicht aufſtellte, oder die geſetzgeberiſche Thätigkeit wenigſtens eine ſehr beſchränkte war. Die Geſammtheit der Rechtsſätze beruhte unmittelbar auf der Volksüberzeugung, das Recht ſelbſt konnte daher nur als qualificirte Sitte erkannt werden, und konnte nur ſo auch von denjenigen, welche den Staatswillen zu faſſen hatten, erkannt werden. Dieſe konnten daher bei ihrer geſetzgeberiſchen Thätigkeit auch nur von dieſem Begriff ausgehen. Die Geſetzgebung begann überall mit einem Fixiren des vorhandenen Rechts, mit einem zur formalen Anerkennung Bringen des ſich bildenden. Im weitern Verlauf kam ſie auch zu einer Ergänzung des Rechts, indem ſie Sätze aufſtellte,

6) Als vernünftig kann jede Verfaſſungsform erſcheinen, ſobald die Staatsgewalt *im Staate ſteht*, nicht in Oppoſition zu demſelben oder denſelben ganz in ſich abſorbirt (Despotismus).

die entweder als ſittliche Ueberzeugungen vorhanden, nur noch nicht zu Rechtsſätzen erhoben waren, oder Rechtsſätze ſchuf, welche, obgleich auch nicht in der Sitte vorhanden (formulirt), doch den ſittlichen Ueberzeugungen entſprachen, reſp. nicht widerſprachen [7]), und wo geſunde Verhältniſſe beſtanden, hielt auch die Geſetzgebung fortwährend im Weſentlichen dieſen Gang ein. Verging ſie ſich einmal auf falſchem Wege, ſo bildete ſich gegen den aufgeſtellten Rechtsſatz im Volk ein neuer Rechtsſatz als correctorium.

Wenn ſonach die in einem Staate geltenden Rechtsſätze der Idee nach alle der Sitte angehören, reſp. ihr entſprechen müſſen, in geſund entwickelten Verhältniſſen dieß aber im Weſentlichen auch thatſächlich der Fall iſt, ſo iſt, was den Inhalt des Rechts betrifft, der nächſte Grund ſeiner Exiſtenz indifferent und kann deßwegen bei der Frage, wie und warum ein Satz zum Rechtsſatz wird, außer Berückſichtigung bleiben.

Die Betrachtung der Sitte als ſolcher, die Entſtehung eines Sittenſatzes, der Grund dieſer Entſtehung liegt außerhalb der Aufgabe der Jurisprudenz. Für dieſe iſt der Sittenſatz etwas Gegebenes; intereſſant iſt allein, wie dieſer Satz zum Rechtsſatz wird.

Es gibt Sätze, die ihrer Natur nach ſchon als Rechtsſätze entſtehen müſſen. Es ſind dieß alle diejenigen Sätze über ſittlich nothwendige Zuſtände, die begriffsmäßig nur durch den Staat realiſirt, ohne Rückſicht auf den Staat daher gar nicht gedacht werden können. Hierher gehört vor Allem der Hauptrechtsſatz, der nichts Anderes iſt, als der als Gebot

---

7) Ein ſolcher Rechtsſatz wurde nun, ſobald er vom Volk erkannt war und geübt wurde, zur Sitte. Der Einfluß der Geſetzgebung auf die Sitte kann bedeutend ſein, ſobald die Geſetzgebung auf demſelben Boden, wie die Sitte ſteht — ſittlich iſt.

formulirte Begriff des Rechts, daß der Staat das Recht handhaben müsse. Hierhin gehören aber auch im Einzelnen alle Sätze über Verfassung des Staats und dessen Thätigkeit nach Außen. Betreffs aller übrigen Rechtssätze ist es denkbar, daß sie zuerst als reine Sittensätze entstanden sind.

Je mehr der Staat nach innen erstarkt, und das Volk sich seines Lebens im Staate bewußt wird, desto mehr tritt auch das Bestreben hervor, den einzelnen Sittensätzen staatliche Anerkennung zu verschaffen, sie zu Rechtssätzen zu erheben. Aber nicht alle Sittensätze lassen sich zu Rechtssätzen erheben, sondern nur diejenigen, welche sich auf äußere Zustände beziehen und so weit dieß der Fall ist. Es erscheint ferner vielfach als unzweckmäßig, einzelne Sittensätze, obgleich sie sich staatlich realisiren lassen, zu Rechtssätzen zu erheben, da dieselben nur als Consequenzen eines an sich seinem ganzen Umfange nach nicht staatlich realisirbaren höhern sittlichen Satzes erscheinen und nur als dessen Consequenzen sittliche Bedeutung haben. In einem Staate mit höchst ausgebildetem Rechtssystem wird deßwegen neben den Rechtssätzen immer noch eine Reihe reiner Sittensätze existiren müssen.

Die Erhebung der Sittensätze zu Rechtssätzen, resp. das Schaffen von Rechtssätzen gemäß der sittlichen Anschauung, geschieht allmälig. Veranlassung dazu geben: im einzelnen Fall die bei den veränderten Verkehrsverhältnissen hervortretende Wichtigkeit eines für nothwendig erkannten äußeren Zustandes, das Interesse an einer besonderen Fixirung und Detaillirung des Satzes, die Veränderung der sittlichen Ueberzeugung, welche manche Sittensätze neu entstehen und schon vorhandene intensiver fassen läßt, auf der andern Seite aber auch das Nachlassen der auf die sittliche Ueberzeugung basirten sittlichen Strenge, welcher die Realisirung früher lediglich überlassen werden konnte, und deren Abnahme sich in der Häu-

figkeit von der Realisirung zuwiderlaufenden Handlungen zeigt. Es kann nun allerdings vorkommen, daß ein solch neuer Rechtssatz gleich unmittelbar als Rechtssatz entsteht, ohne daß er vorher als Sittensatz vorhanden war; dieser Fall dürfte aber nur ein sehr selten vorkommender sein, und ein solcher Rechtssatz nur eine vorübergehende Bedeutung haben. Will man daher das Recht eines Volks und einer bestimmten Zeit seinem innern Werth nach beurtheilen, so ist es nothwendig, zugleich die in derselben Zeit vorhandenen nicht zu Rechtssätzen erhobenen Sittensätze in die Betrachtung hereinzuziehen [8]), und zwar darf die Sitte (d. i. die Gesammtheit der Sittensätze) nicht als Gegensatz zum Recht oder als ohne Zusammenhang mit demselben indifferent daneben bestehend aufgefaßt werden, sondern als das Recht erklärend und ergänzend. Durch Erkenntniß der Sitte wird nicht nur die Entstehung der Rechtssätze erklärt, sondern auch das eigentliche Wesen eines aus der stricten Fassung der Rechtssätze allein nicht erkennbaren Instituts erst gehörig gewürdigt.

Von der Frage nach dem Inhalt des Rechts verschieden ist die nach der Formulirung der Rechtssätze.

Der Rechtssatz verlangt ein Erkenntnißmittel seiner Existenz und zwar das höchste menschliche Erkenntnißmittel, den Ausdruck in Worten. Diesen Ausdruck hat ihm die Wissenschaft zu geben. Der Ausdruck ist so zu fassen, daß er den Inhalt des Satzes genau erkennen läßt; mit der genauen Erkenntniß des Satzes wird daher auch der Ausdruck selbst ein genauerer, damit aber ein anderer werden. Danach ist

8) Diese sind meist schwieriger erkennbar, als die in Aufzeichnungen und Ueberlieferungen enthaltenen Rechtssätze. Ein richtiges Erkenntnißmittel für den Sittensatz einer früheren Zeit gewährt aber häufig der Rechtssatz der spätern Zeit.

alſo auch die Möglichkeit gegeben, daß ein Rechtsſatz ungenau ausgedrückt ſein kann, daß ein gegebener Ausdruck dem Inhalte des Rechtsſatzes nicht völlig entſpricht, und ein ſolcher Ausdruck wird dann nur als unvollkommenes Erkenntnißmittel des Rechts dienen können. Die Ungenauigkeit kann aber darin beſtehen, daß der Rechtsſatz zu weit oder zu eng ausgedrückt iſt, daß dem Rechtsſatz ein Sittenſatz zugefügt, oder daß ſtatt eines Rechtsſatzes ein Sittenſatz ausgeſprochen iſt, welcher nur in einzelnen Conſequenzen als Rechtsſatz erſcheint, endlich kann auch ein reiner Sittenſatz in der Form eines Rechtsſatzes ausgedrückt ſein [9]). Da aber das Ausdrücken nur eine wiſſenſchaftliche Operation iſt, ſo bleibt es gleichgültig, von wem der Ausdruck ſtammt: ob vom Volk (z. B. in Sprüchwörtern), ob vom Geſetzgeber, ob von Juriſten, deren Ausſprüchen der Staat ausdrücklich Gewicht beilegt, (Richter, Reſpondenten) oder von privaten Rechtsgelehrten. Ein ungenauer Ausdruck eines Rechtsſatzes, ſelbſt vom Geſetzgeber ausgehend, bleibt ungenauer Ausdruck. Ein durch den Staat nicht realiſirbarer Sittenſatz bleibt Sittenſatz, auch wenn er in Geſetzesform ausgeſprochen iſt. Daſſelbe gilt von andern Rechtsaufzeichnungen. Es iſt daher völlig verkehrt, den Inhalt der Rechtsquellen mit dem geltenden Recht zu identificiren.

Manche Nationen haben ein größeres Talent, Rechtsſätze genau zu erkennen und in Folge deſſen genau zu formuliren. Bei dieſen Nationen wird daher auch nicht nur eine wiſſenſchaftliche Behandlung des Rechts, eine eigentliche Rechtswiſſenſchaft, möglich ſein, ſondern ſie werden auch Organe ſchaffen, durch welche die genaue Formulirung neuer

9) Beiſpiele dieſer Ungenauigkeiten bietet das germaniſche Recht in großer Anzahl.

Rechtsſätze erleichtert wird, ſie werden denjenigen, welche ſich mit Erkenntniß des Rechts vorzugsweiſe beſchäftigen, einen Einfluß auf die Fortbildung deſſelben einräumen. Andern Nationen geht dieſes Talent ab, man findet bei ihnen daher auch nicht eine wiſſenſchaftliche Erkenntniß und Fortbildung des Rechts, ſie treiben die Organe dazu nicht heraus und vermögen nicht, die Gränze der ſtaatlichen Realiſirung genau zu erkennen. Die ſ. g. Rechtsquellen enthalten daher häufig noch Anderes als Rechtsſätze und dieſe Rechtsſätze ſind ſchlecht formulirt. Aus der äußeren Verſchiedenheit dieſer Geſtaltung der Rechte verſchiedener Völker leitet eine oberflächliche Betrachtung eine charakteriſtiſche Verſchiedenheit des Rechts ſelbſt ab. Weil die Gränze zwiſchen Sitte und Recht bei den einen nicht gezogen iſt, ſoll ſie nicht exiſtiren; weil bei den andern die ſtrenge Formulirung des Rechtsſatzes die ſtaatlich nicht realiſirbare Sitte nicht erwähnt, ſoll dieſelbe völlig ignorirt und der Rechtsſatz nicht aus der Sitte hervorgegangen ſein u. ſ. w.

Was von allen Rechten als geltend behauptet wurde, gilt es auch von dem römiſchen Recht? Bei der Betrachtung der einzelnen Inſtitute wird es ſich zeigen, daß das römiſche Recht ſich überall eng an die Sitte anſchließt, daß die römiſchen Rechtsſätze ihren Inhalt aus den Sittenſätzen genommen. Es wird deßwegen auch auf die vom Verf. angeführten Beiſpiele hier nicht eingegangen. Hier ſoll nur noch auf einige Momente aufmerkſam gemacht werden, in welchen eine Berückſichtigung der Sitte durch das Recht auf das Prägnanteſte hervortritt. Das contra bonos mores esse gehört doch ſicherlich der Sitte an [10]) — ein Rechtsgeſchäft wird durch

---

10) l. 15 de condition. institutionum 28, 7. Quae facta laedunt

dieſen Umſtand nichtig. Die bona fides, weit entfernt, ſelbſt ein juriſtiſcher Begriff zu ſein, iſt in verſchiedenen Lehren des Civilrechts von der größten Bedeutung. Oder ſollen die bonae fidei judicia, die bonae fidei possessio zu den „Singularitäten des ſpäteren Rechts" gehören? Und nun die Cenſur. Wie man auch die Stellung derſelben auffaſſen mag[11]), ſo viel iſt ſicher, daß der Staat ſittliche Integrität von dem Bürger, namentlich aber von dem forderte, der eine höhere Stellung im Staat einnahm. Die Cenſur war das ſtaatliche Organ, durch welches dieſer Rechtsſatz realiſirt wurde.

Aber auch in der Art und Weiſe, wie das römiſche Recht in der ſittlichen Volksanſchauung beruhende Sätze allmälig in ſich als Rechtsſätze aufnimmt, geht daſſelbe ganz den vorhin angedeuteten Weg, ebenſo wie das deutſche Recht. Das älteſte Recht überläßt die Realiſirung einer Reihe für ſittlich nothwendig erkannter Zuſtände lediglich dem Einzelnen oder einer engern natürlichen Verbindung Einzelner (ſ. das Familienrecht), es vertraut auf die Macht der Sitte als ſolcher. — Die alte ſittliche Strenge läßt nach, die alten Geſchlechts- und Familienbande werden lockerer, der Staat tritt an die Stelle der Familie, die Macht des Rechts greift ein, wo die Sitte ſchwach wird. Die ſittliche Auffaſſung mancher Lebensverhältniſſe verändert ſich, — Rechtsſätze, welche auf die frühere Auffaſſung gebaut waren, machen neuen, in denen ſich die moderne Auffaſſung ſpiegelt, Platz. Die Berührung mit andern Völkern erweitert den Geſichtskreis der

---

pietatem, existimationem, verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.

11) Der Verf. ſieht in dem cenſoriſchen regimen morum eine Ueberſchreitung der Amtsbefugniſſe, eine Willkürlichkeit, welche das Volk duldete und billigte im Intereſſe der Sittlichkeit (S. 96).

Römer, das Individuelle, Concrete und darum Beſchränkte der römiſchen Sitte weicht dem Allgemeinen und Abſtracten, — dieſelbe Umwandlung geht im Recht vor ſich. (In dieſer letzteren Beziehung nimmt die deutſche Sitte und mit ihr das deutſche Recht einen umgekehrten Gang. Die Sitte individualiſirt ſich in den einzelnen Lebenskreiſen mehr und mehr und mit ihr das Recht in den einzelnen Rechtskreiſen. Erſt mit der Reception des römiſchen Rechts tritt wieder der Aufſchwung zum Freiern und Allgemeinern ein, wie dieß auch im Leben durch das Bekanntwerden mit der antiken Weltanſchauung der Fall war.)

Ein Syſtemwechſel aber, ein nothgedrungenes Abweichen vom Syſtem liegt in dieſen Veränderungen und Vermehrungen des Rechtsſtoffes nicht vor. Was der Verf. in den oben (S. 8) faſt durchgängig wörtlich mitgetheilten Argumentationen hierüber anführt, iſt völlig unhaltbar und trägt ſeine Widerlegung in ſich ſelbſt. Wenn die conſequente Durchführung eines Princips nicht möglich iſt, ſo iſt einer einfachen Logik nach das Princip ſelbſt unmöglich, d. h. unvernünftig. Der Verf. ſucht ſich freilich mit einer Unterſcheidung zwiſchen practiſcher und theoretiſcher Durchführbarkeit zu helfen. Unter einem Widerſpruch zwiſchen Theorie und Praxis kann nun aber vernünftiger Weiſe nichts Anderes verſtanden werden, als daß bei der wiſſenſchaftlichen Erwägung unberückſichtigt gebliebene äußere Momente die thatſächliche Erſcheinung eines für richtig erkannten Satzes verhindern. Hier aber ſollen es nicht äußere Momente ſein, welche die practiſche Durchführbarkeit der Regirung der Sittlichkeit durch das Recht verhindern, ſondern die in dem ſittlichen Bewußtſein des Volks begründete Erkenntniß der Nothwendigkeit einer Repreſſion entſchiedener Unſittlichkeiten; das heißt doch völlig klar: das Bewußtſein des Volks verlangt eine rechtliche Anerkennung der

objectiven Existenz der Volkssitte (daß diese Anerkennung nur in einigen wenigen Fällen bei „entschiedenen Unsittlichkeiten“ verlangt wird, ist natürlich völlig gleichgültig). Dieses Bewußtsein verhindert nicht die practische consequente Durchführung des subjectivistischen Princips, sondern sie macht dessen Erkenntniß unmöglich. Wer A für richtig erkannt hat, kann non A nicht für richtig erkennen. — Wie verträgt sich aber überhaupt eine „öffentliche Meinung, welche principmäßig einer der Regulatoren des sittlichen Lebens sein soll,“ ein „sittliches Bewußtsein des Volks“ [12]) mit dem subjectivistischen Princip, welches die „absolute Freiheit des Einzelnen als ethisches Postulat aufstellt“[13]), nach welchem „der Inhalt des Sittengesetzes nur subjectiv erkennbar ist,“ gemäß welchem „ein Staat, der den Inhalt des Sittengesetzes zum Recht erheben wollte, in Wirklichkeit nur die subjectiven sittlichen Vorstellungen der jeweiligen Gewalthaber oder der Majorität zum Rechte erheben würde“[14])? Wie kann, wenn eine „Sittenlehre nur fordert, daß die Handlungen der Menschen mit seiner subjectiven Auffassung des Sittengesetzes übereinstimmen“ und „der Mensch sich vor keiner äußern Macht beugen, sich durch nichts außer ihm Liegendes beherrschen oder bestimmen lassen soll“[15]), der öffentlichen Meinung, also der mit der Ansicht des Subjects in Widerspruch stehenden Ansicht Anderer ein Gewicht beigelegt werden, wie kann der Staat „die Meinung haben, daß die Religion (und das Gewissen der Einzelnen) sowie die öffentliche Meinung diejenigen Potenzen seien, welche das sittliche Verhalten der Einzelnen zu regeln hätten“[16])?

12) Schmidt S. 92.
13) Schmidt S. 32.
14) Schmidt S. 36.
15) Schmidt S. 90.
16) Schmidt S. 46. Jhering, welcher bei dieser Stelle

Wenn nun aber bisher, was die Stellung des Rechts zur Sitte betrifft, eine Gleichartigkeit des römiſchen und des deutſchen Rechts erkannt wurde, ſo ſtellt ſich ein großer Unterſchied zwiſchen beiden Rechten in der Formulirung der Rechtsſätze heraus.

Die Abgränzung des Rechts von der Sitte iſt eine äußerſt ſchwierige Arbeit; um dieſelbe mit Sicherheit zu vollziehen, iſt neben dem angebornen Talent ein Zuſammentreffen günſtiger Umſtände erforderlich. Unter dieſen ſtelle ich den geringen Umfang des Gebiets, auf welchem das Recht ausgebildet wird, und daraus hervorgehend die Einheit des rechtspflegenden Organs an die Spitze, denn in und durch die Rechtspflege erhält das Recht ſeine erſte Formulirung — jede erſte Rechtsaufzeichnung, unter welcher Form ſie ſich äußerlich darſtellt, iſt dem Weſen nach ein Weisthum. Dieſe Bedingung war bei den Römern vorhanden. Dazu kam, daß früh ſchon ein Weisthum aufgeſtellt wurde, welches der ſpäteren Rechtsausbildung zur ausſchließlichen Baſis diente.

Dieſe äußeren Umſtände, welche die Entſtehung des Rechts in Rom begünſtigten, werden an einem anderen Orte näher beſprochen. Das innerliche Moment war, daß die Römer den Begriff des Staats früh erfaßten und die Stellung des Einzelnen zu demſelben ſich klar machten. Die gleichmäßige Faſſung war aber wieder durch den geringen Umfang des Rechtsgebietes und die Einheit des rechtspflegenden Organs erleichtert. Dadurch vermieden ſie es, durch den Staat Realiſirbares und der Realiſirung durch die Sitte zu Ueberlaſſendes bei der Formulirung von Sätzen zu vermengen, und es entſtand eine Sicherheit in der Beſtimmung der Gränze des Rechts.

---

citirt wird, begeht in der Anerkennung der öffentlichen Meinung keine Inconſequenz, da er eine Objectivität der Sitte bei den Römern anerkennt.

Der Sittenſatz wurde nur ſoweit formulirt, als er durch den Staat realiſirbar war und realiſirt werden ſollte [17]) und in der Weiſe, wie er ſich zu dieſer Realiſirung eignete [18]). Dieß Letztere tritt namentlich in dem Familienrecht deutlich hervor (ſ. u.). Es iſt daher auch nicht möglich, aus den Rechtsdarſtellungen ſich ein Bild des Lebens ſelbſt zu machen, weil gerade Alles, was durch das Leben ſelbſt ſich realiſiren ſollte, nicht in denſelben enthalten iſt.

Innerhalb des deutſchen Rechts iſt weder eine prägnante Faſſung des Staatsbegriffs, noch eine übereinſtimmend gleichmäßige Anſchauung über die Gränze der Realiſirung durch den Staat vorhanden. Die Sitte iſt darum zwar eine ziemlich gleichmäßige, aber wie viel davon dem Recht angehört, darüber bilden ſich in allen Rechtskreiſen (mögen dieſe territorialer Natur ſein oder ſich für gewiſſe Perſonenklaſſen abſchließen) verſchiedene Anſichten aus, und wenn auch in mehreren Kreiſen eine Aufnahme derſelben Sätze in das Recht ſtattfand, ſo iſt doch die Art und Weiſe dieſer Aufnahme, d. h. die ausgeſprochene Modalität der Realiſirung durch den Staat oft eine verſchiedene. Was das Aeußere der Formulirung betrifft, iſt daſſelbe vielfach ein ungenaues durch Mitaufnahme ſtaatlich unrealiſirbarer Momente. Dieſer wirklich vorhandene Mangel tritt aber dadurch ſcheinbar noch mehr her-

17) Dadurch iſt oft eine gewiſſe anſcheinende Steifheit der Formulirung entſtanden, namentlich bei ſpäter formulirten Sittenſätzen. Dieſe Art der Formulirung, der eingeſchlagene indirecte Weg können aber nicht als Beweiſe dafür angeführt werden, daß die betreffenden Sätze nur nothgedrungen principwidrig und als ſinguläre Modificationen in das Recht aufgenommen worden ſeien (ſ. Schmidt S. 93). Die Beiſpiele des Verfs. werden an ihrem Orte ihre Betrachtung finden.

18) Z. B. durch exceptiviſches Vorbringen, wie der Grundſatz: pacta sunt servanda.

vor, daß in germaniſchen Rechtsaufzeichnungen, mögen ſie geſetzgeberiſche Arbeiten ſein oder über den Rechtszuſtand referiren, oft gar fremdartige Stoffe enthalten ſind: reine Sittenſätze, welche ſtaatlich gar nicht realiſirbar ſind, in gebietender Form aufgeſtellt, oder als Motive zu einem geſetzlichen Ausſpruch, oder als Gründe einer den Satz nur in einer einzelnen Anwendung und unter gewiſſen Vorausſetzungen als rechtlich zu realiſirenden aufſtellenden Entſcheidung [19]). Ferner iſt der Rechtsſatz oft nicht abſolut gefaßt, ſondern ſo, wie er bei einer gerichtlichen Geltendmachung von der Partei angeführt wird, oder in caſuiſtiſcher Beſchränkung. Bei Benutzung der Rechtsquellen läuft man daher leicht Gefahr, namentlich wenn man einſeitig ſich an Eine Quelle hält, Rechtsſätze zu finden, welche als ſolche nie exiſtirt haben, oder einen Rechtsſatz in fehlerhafter Form, zu weit oder zu eng, zu formuliren. Geht man aber von einer vorgefaßten Anſicht aus, ſo bietet die ungenaue Redaction der Quellen die Möglichkeit, Belegſtellen für dieſe Anſicht in denſelben vorzufinden, eine Möglichkeit, die noch dadurch ſehr erweitert wird, daß man aus den verſchiedenen Quellen überall den paſſenden Satz ſich ausſucht. Die römiſchen Quellen ſind zwar allerdings auch nicht frei von den angegebenen Mängeln. Hier hat aber ein Jahrhunderte langes genaues Studium uns die einzelnen Sätze

19) Daſſelbe gilt von Urkunden, ſ. Gerber, über den Begriff der Autonomie im Archiv f. civ. Pr. Bd. 37 No. 2 S. 41: „In jener Freiheit und Urſprünglichkeit der Feſtſetzung rechtlicher Zuſtände lag nämlich die Möglichkeit, daß nicht bloß der eigentlich juriſtiſche, ſondern auch der nur dem ſittlichen Leben angehörende Thatbeſtand in die Beurkundung aufgenommen wurde, der dem Laien nicht ſelten als das Bedeutendere erſcheint. Unſere Aufgabe beſteht nun darin, die wirkliche Rechtsproduction in Urkundenform von der unjuriſtiſchen Zuthat zu ſondern; die Vernachläſſigung dieſes Geſichtspunktes iſt häufig der Grund geweſen, daß dem deutſchen Recht mit Unrecht die Erzeugung monſtröſer Rechtsbildungen beigemeſſen werden konnte."

ſchon ſo prägnant hingeſtellt, daß eine derartige fehlerhafte und willkürliche Behandlung nicht möglich iſt.

Unſer Verf. geht nun bei ſeiner Gegenüberſtellung des deutſchen und römiſchen Rechts darin zwar conſequent zu Werke, daß er nach beiden Sinn willkürlich verfährt und nur diejenigen Sätze aushebt, welche mit oder ohne Zwang für ſeine Anſicht ſprechen; ſeine Methode iſt jedoch inſofern eine verſchiedene, als er dem römiſchen Recht eine bedeutende Anzahl von Rechtsſätzen entzieht, das deutſche Rechtsgebiet aber mit einer Menge von reinen Sittenſätzen bevölkert.

§. 4.

(Schmidt §. 3.)

Entſtehung und Weſen des Rechts.

Der Ueberſchrift gemäß erwartet man Unterſuchungen darüber, auf welche Weiſe bei den fraglichen Nationen das Recht entſtanden ſei und welchen Charakter es zufolge dieſer Entſtehung habe. Es wäre hier ein Eingehen auf die Rechtsquellen ſelbſt am Platze geweſen; ſtatt deſſen aber werden einige doctrinäre Ausſprüche geliefert. An ſich iſt es nun allerdings von hohem Intereſſe, was römiſche Juriſten und Verfaſſer deutſcher Rechtsbücher über die Entſtehung des Rechts gedacht und ausgeſprochen haben; die wirkliche Entſtehung, das wahre Weſen des Rechts kann durch dieſelben aber nicht bewieſen werden, ja dieſe Ausſprüche ſind ihrer Natur nach für die Unterſuchung ſogar von geringer Bedeutung. Die gelieferten Citate ſind noch dazu mit größter Willkürlichkeit zuſammengeſtellt. Die Stellen, in welchen ex officio die Frage behandelt wird, werden als griechiſchen Urſprungs ohne Weiteres für nichts beweiſend erklärt, „die gelegentlichen Aeußerungen“ aber, welche „die eigentliche Anſicht der Juriſten“ enthalten ſollen, ſind in einer Weiſe zuſammengeſtellt und benutzt, daß jus

non scriptum, consuetudo, mores, interpretatio als Synonymen erſcheinen. Puchta's Unterſuchungen hierüber ſind ignorirt. Die Anſicht des Pomponius in l. 2. de origine juris wird völlig anders wiedergegeben. — Als Reſultat wird nun freilich hier auch nur aufgeſtellt, daß die Juriſten „das wirkliche (poſitive) Recht überall und in jeder Beziehung als ein Product des durch ein höheres ſittliches Princip nicht beſchränkten Volkswillens betrachten," daß ſie „alles Recht aus Geſetzen entſtanden anſehen." Dieſe Anſicht der römiſchen Juriſten wird aber im Verlaufe des Buches unvermerkt zur Thatſache umgewandelt, und aus dieſer werden Schlüſſe gezogen. Das römiſche Recht wird nicht nur von den Schriftſtellern als willkürlich gemachtes betrachtet, ſondern iſt in der That willkürlich gemacht.

Als Gegenſatz wird die objectiviſtiſche germaniſche Auffaſſung hingeſtellt, „daß das Recht bereits vor dem Staat in den ſittlichen Normen exiſtire, welche ſich in den Aeußerungen des ſittlichen Bewußtſeins der Menſchen manifeſtiren." Der Staat ſchütze, realiſire dieſes Recht und, wenn er auch das Recht habe, geſetzlich feſtzuſtellen, was gelten ſolle, ſo ſei er doch verpflichtet, dabei den Forderungen des ſittlichen Bewußtſeins zu genügen.

Es würde ſehr leicht ſein, eine Menge von Belegſtellen aus deutſchen Quellen für die entgegengeſetzte Anſicht aufzuführen; man brauchte nur die Einleitungen und Schlußbemerkungen ſo vieler Statuten zu durchlaufen, ja ſchon die Worte Wilküre, Küre könnten angeführt werden; die kaiſerlichen und landesherrlichen Confirmationen böten ebenfalls Material genug; das ſo ſichtlich hervortretende Beſtreben, Sätze des alten ungeſchriebenen Rechts auf beſtimmte Geſetzgeber (auch dieſes Wort iſt bedeutend) zurückzuführen, ebenſo die

verbreitete Anſicht, das geſammte römiſche Recht reſp. das damit identiſch gedachte Corpus juris beſtehe aus kaiſerlichen Geſetzen, könnte als unterſtützend gebraucht werden; man könnte ferner beweiſen, daß göttlich Gebot, göttlich Recht vielfach nur auf die in der heiligen Schrift und in specie im Decalog enthaltenen Gebote bezogen, und aus Sachſenſpiegel I, 3 a. E. ableiten, daß ſelbſt das ſpätere canoniſche Recht als gemachtes Recht angeſehen wurde — — jedenfalls würde dadurch die Beweiskraft der zwei von dem Verf. angeführten Beweisſtellen aus der Vorrede zum Sachſenſpiegel und der Augsburgiſchen Confeſſion entkräftet. Aber abgeſehen davon, daß ſich auch die letzteren Beweisſtellen vielfach vermehren laſſen (z. B. Vorrede der l. Salica, erſtes Buch der l. Wisigothorum), erſcheinen alle dieſe Ausſprüche als Beweisſtellen für die wirkliche Entſtehung des Rechts von noch untergeordneterer Bedeutung, wie die der römiſchen Juriſten. Das Mittelalter war, wie jedes nicht reflectirende Zeitalter, zu einer Unterſuchung über den Urſprung der herrſchenden Ideen überhaupt unfähig. Soll ein Reſultat gewonnen werden, ſo muß das vorhandene Rechtsmaterial ſelbſt unterſucht werden.

Und hier ſtellt ſich eine völlige Gleichheit der Entſtehung des Rechts bei Römern und Germanen dar. Das factiſche Verhältniß, daß bei den Römern von Anfang an Volk und Staat zuſammenfielen und deßwegen dem Recht ein präciſerer Ausdruck gegeben werden konnte, als dieß bei der disparaten Rechtsentwickelung bei den Germanen möglich war, läßt die Verſchiedenheit beider Rechtsbildungen äußerlich freilich als ſehr abweichend erſcheinen. Faßt man aber einen der engeren Kreiſe (vgl. unten), in welchem die Rechtsbildung in Deutſchland ſich bewegte, in's Auge, ſo zeigt ſich ſelbſt äußerlich eine große Aehnlichkeit mit der älteren Rechtsbildung in Rom [1]),

1) Eine Nebeneinanderſtellung der 12 Tafeln und der leges bar-

und was die ſpätere Zeit betrifft, ſo dürfte eine unbefangene Vergleichung der Art und Weiſe, wie man bei den Germanen

barorum möchte ich ſchon deßwegen nicht für gerechtfertigt halten, weil die erſteren zur Zeit der rechtlichen Gleichſtellung früher verſchieden berechtigter Stände oder Stämme verfaßt wurden und für dieſe Gleichſtellung das Grundgeſetz bilden, die leges barbarorum aber gerade die rechtliche Verſchiedenheit ſtaatlich vereinigter Stämme urgiren. Namentlich aber tritt der Unterſchied zwiſchen beiden in der Stellung, welche ſie in der Rechtsentwickelung einnahmen, hervor. Die 12 Tafeln blieben die formelle Baſis des römiſchen Rechts bis in die ſpäteſten Zeiten, die formelle Geltung der leges barbarorum iſt eine ſehr kurze und ſie verſchwinden in auffallend ſchneller Weiſe aus dem Gedächtniß des Volkes. Eine paſſendere Vergleichung mit den 12 Tafeln bilden die älteſten Stadtrechte ſowohl in publiciſtiſcher als in privatrechtlicher Beziehung, denn wenn zur Zeit der Entſtehung derſelben auch noch nicht die Einheit des Rechts der Städtebewohner vollzogen, ja nicht einmal begonnen war, ſo bilden ſie doch das Grundgeſetz für die rechtliche Stellung der Städtebewohner, den übrigen Volksgenoſſen reſp. der königlichen, biſchöflichen oder gräflichen Gewalt gegenüber. Aus ihnen entwickeln ſich aber auch oder ſchließen ſich an ſie an die beſondern Privatrechtsſätze der Stadt (interpretatio), welche eine ſpätere Redaction mit ihnen vereinigt. In den Reformationen der Stadtrechte findet ſich dann die Aufnahme der römiſchen Sätze in das Stadtrecht, welche Unger (Zeitſchr. für deutſches Recht VII S. 116) mit Recht mit der Aufnahme des jus gentium paralleliſirt. — Wenn Ihering (Geiſt des röm. Rechts II S. 36 ff.) im alten Recht die Anerkennung des Gewohnheitsrechts läugnet, ſo kann das lediglich formell verſtanden werden. Nach ſeiner eigenen Darſtellung iſt die interpretatio eine wirkliche Rechtsentwickelung und auch neue Sätze werden durch ſie geſchaffen. Daß ſie ſich an die 12 Tafeln anſchließt, hat nur Einfluß auf die Formulirung der Rechtsſätze, welche dadurch zwar öfters ſteif wird, aber den Vorzug der Präciſion hat; materiell gehört die Bildung neuer Sätze ohne Geſetz dem Gewohnheitsrecht an, mag ſich auch „die interpretatio nicht als ſelbſtſtändige Production außer und über, ſondern unter das Geſetz ſtellen, mag ſie nach Anſicht der Römer nicht prätendiren, eine gewohnheitsrechtliche Bildung zu ſein“ (wo verba legis und interpretatio ſo deutlich gegenübergeſtellt werden, wie z. B. in §. 10 J. ad legem Aquil. muß doch wohl für beide ein verſchiedener Grund der rechtlichen Geltung prätendirt werden), „ſondern ſich und ihre Reſultate auf das Geſetz

Geſetze verfertigte und verfertigt mit der geſetzgeberiſchen Thätigkeit der ſpäteren Imperatoren bei den Letzteren wol kaum die größere Willkürlichkeit und geringere Achtung vor der conſequenten Entwicklung der Rechtsinſtitute zu finden vermögen. Stimmt ja doch ſelbſt die äußerlich ſo verſchieden erſcheinende Fortbildung des Rechts durch die Organe der Rechtſprechung innerlich mit einander überein. Nicht der einzelne Schöffenſpruch, nicht das Edict des Einen Prätors brachte einen neuen Rechtsſatz hervor oder ließ deſſen Exiſtenz erkennen: erſt durch mehrere übereinſtimmende Sprüche oder durch öftere Berufung auf einen früher ergangenen wurde die Exiſtenz des Rechtsſatzes bewieſen; erſt dadurch, daß der formulirte Satz, nach dem der eine Prätor ſprechen zu wollen erklärte, in die nachfolgenden Edicte überging, ſtand er feſt und war über die ſubjective Anſchauung des einzelnen Prätors erhaben. Ob der Satz aber vor dem Spruch als allgemeine Norm für künftige Urtheile hingeſtellt oder bei Entſcheidung beſtimmter Fälle manifeſtirt wurde, erſcheint bei der innern Uebereinſtimmung der Bedeutung derartig aufgeſtellter Sätze als äußere Zufälligkeit, oder will man ja darin eine Verſchiedenheit erkennen, ſo kann es nur die ſein, daß die prätoriſche vorgängige und allgemeine Formulirung die Exiſtenz der betreffenden Volksüberzeugung weit evidenter vorausſetzt, als der zum Zweck der Entſcheidung eines einzelnen Falles mehr concret ausgeſprochene Schöffenſpruch. Entſpricht ferner die auctoritas prudentium nicht völlig dem Urtheil oder Rath weiſer Leute? Zeigt nicht gerade die Bezeichnung dieſer Perſonen, deren Anſprüche als rechtliche anerkannt wurden, als prudentes, wie man die Exiſtenz von etwas ſchon Beſtehendem annahm, zu deſſen Erkenntniß ein beſonderer Grad der Befähigung nothwendig war

ſelbſt ſtützen, ſich dem Syſtem des geſchriebenen Rechts als Ergänzung und Erläuterung einfügen." (Ihering a. a. O. S. 38.)

(das Vorhandenſein latenter Rechtsſätze, wie Ihering ſie nennt). Um die Exiſtenz eines Geſetzes zu erkennen, dazu braucht man nicht prudens zu ſein.

Betrachtet man nun aber das Rechtsmaterial ſelbſt, ſo tritt in allen Zweigen des römiſchen Rechts eine conſequente Rechtsentwicklung ſo deutlich hervor, daß dieſelbe zum allgemeinen Sprüchwort geworden iſt. Dieſe iſt aber hervorgegangen aus dem Conſervatismus der Römer. Aeußerlich erſcheint der Conſervatismus zwar als willkürliches Feſthalten am Vorhandenen, zufällig Gewordenen [2]) und iſt inſofern, ſobald dieß Vorhandene mit der gegenwärtigen ſubjectiven Ueberzeugung des Feſthaltenden im Widerſpruch ſteht, nicht zu rechtfertigen; ſeinem Weſen nach beſteht er aber in dem Feſthalten an der im Gewordenen ausgeſprochenen und aus demſelben abſtrahirten Idee und iſt inſofern gerechtfertigt, als eine ſolche Idee als objectiv wahr erſcheint. Darin liegt ſchon, daß ein unbedingtes Feſthalten an den einzelnen oft zufälligen Manifeſtationen dieſer Idee nicht dem Weſen des Conſervatismus entſpricht, ſondern daß die erkannte Idee die wenngleich neu auftretenden ſittlichen und rechtlichen Erſcheinungen durchdringen muß. Ja man wird es ſelbſt noch für ein conſervatives Verfahren halten müſſen, wenn man einer mit der bisher geltenden Idee nicht übereinſtimmenden Ueberzeugung nicht in der Weiſe Geltung verſchafft, daß man jene völlig beſeitigt, ſondern ſich bei der Geltendmachung derſelben der alten Idee möglichſt anſchließt. Dieß iſt nun aber gerade das Verfahren, welches der römiſchen Rechtsbildung augenfällig zu Grunde liegt. Was iſt es aber anders, als das Unterordnen der ſubjectiven Ueberzeugung unter den objectiven Satz, mithin eine Anerkennung des

2) Vgl. Ihering a. a. O. Bd. I. S. 309 „Conſervatismus der Angſt."

objectiven Princips. Wie ſtimmt mit der behaupteten, rein willkürlichen Entſtehung die Thatſache, daß ſich ein neuer Rechtsſatz ſchüchtern gleichſam durch die Hinterthür einſchleicht und oft erſt nach Jahrhunderten den früheren Rechtsſätzen für ebenbürtig erachtet wird? Faßten die Römer wirklich das Recht in der vom Verf. behaupteten Weiſe auf, ſo iſt es unerklärlich, warum der neue, für richtig erkannte Rechtsſatz nicht augenblicklich den alten verdrängte. Es finden ſich aber auch ſogar vielfältige Ausdrücke vor, in welchen der Begriff der höheren Rechtsidee in verſchiedener Auffaſſung und Stärke hervortritt, z. B. aequitas, ratio, utilitas [3]).

Bei dem practiſchen Zweck des Verfaſſers kömmt es nun aber freilich mehr darauf an, wie er ſelbſt ſagt [4]), „welche Vorausſetzungen und Principien wir aus dem römiſchen Recht entnommen haben, als von welchen die Römer bei der Conſtruction deſſelben in Wirklichkeit ausgegangen ſind.“ Es wäre alſo noch zu unterſuchen, ob die Germanen die Anſicht von dem geſetzlichen Fundament des Rechts aus dem römiſchen Recht entnommen haben.

Ueberall da, wo die Staatsidee ausgebildeter hervortritt und die mächtigere Staatsgewalt früher unbeachtete Lebensverhältniſſe in den Kreis ihrer Wirkſamkeit zieht, wird ſie Rechtsnormen feſtſetzen, die gerade ihrer Feſtſetzung durch die Staatsgewalt wegen Geltung haben. Je öfter und je evidenter dieß geſchieht, deſto ſchneller und leichter wird die Anſchauung ſich ausbilden, daß alle Rechtsnormen dieſen formellen Anfang

3) Ich kann mir nicht denken, daß der Verf. wirklich eine Erklärung gegeben zu haben glauben kann, wenn er ratio einfach als „Vernunft“ nimmt (S. 67); noch eher ließe ſich „Zweckmäßigkeit“ für utilitas rechtfertigen, namentlich wenn man das erſtere Wort Zweck objectiv faßt.

4) Schmidt, S. 23.

haben, und man wird in conſequenter Fortbildung dieſer Anſchauung auch denjenigen Normen, deren anderweite Entſtehung erkannt wird, als formellen Geltungsgrund die Connivenz der Staatsgewalt zuſchreiben. Es bedarf einer tiefer gehenden wiſſenſchaftlichen Betrachtung, um zu finden, daß die Staatsgewalt in ihrem Schaffen nicht völlig ſelbſtſtändig und willkürlich handelt und, um Wirkſames zu vollbringen, nicht ſo handeln kann. Nur da, wo die Staatsgewalt ſich mit der Schaffung von Rechtsſätzen überhaupt gar nicht abgibt, kann das Volk die abſolute Exiſtenz des Rechts annehmen. Doch ſelbſt in dieſem Zuſtande wird das allgemein menſchliche Beſtreben, für eine fortdauernde Erſcheinung einen formellen Anfang zu finden, zur Zurückführung einzelner Rechtsſätze und ganzer Complexe derſelben auf beſtimmte hervortretende hiſtoriſche Perſönlichkeiten als Urheber führen, und das Recht muß nun als Ausfluß des Willens dieſer Perſonen, mithin als gemachtes, geſetztes erſcheinen. Die Anſicht von der formellen Entſtehung des Rechts wird zu allen Zeiten eine geläufige ſein. Und ſo war es auch in Deutſchland überall da, wo die Staatsgewalt in größeren oder kleineren Kreiſen mächtig war. Das placuit der karolingiſchen Capitularien ſtellt die formelle Geltung in den Vordergrund, eine Erwähnung des göttlichen Rechts erfolgt nur, wo es ſich um kirchliche Gegenſtände handelt und auch da wird es nur als urkundlich niedergelegtes in den heiligen Schriften und den canones, alſo als formell geltendes betrachtet. Die Volksrechte erhalten königliche Sanction und werden emendirt. In der ſpäteren Zeit weiſen die Stadt- und die Hofrechte lediglich auf den formellen Grund ihrer Geltung hin; das Sachſenrecht wird als von Conſtantin und Karl geſetzt bezeichnet[5]); der Name

5) Ihering a. a. O., II. S. 35 ſieht das Zurückführen der

„Kaiſerrecht" in verſchiedener Bedeutung deutet auf dieſelbe Anſchauung hin [6]). — Wenn hin und wieder in deutſchen Rechtsquellen von einem natürlichen Recht die Rede iſt, ſo iſt dieß eine rein doctrinäre Argumentation eines Einzelnen ohne alle practiſche Bedeutung. Dieß geht namentlich aus Sachſenſp. III, 42 hervor, der in das ſächſiſche Weichbildsrecht, in den Schwabenſpiegel und das Rechtsbuch nach Diſtinctionen übergegangen iſt. Eigenthümlicher Weiſe legt der Verf. S. 211 auf dieſen Artikel Gewicht und findet bei der Vergleichung deſſelben mit l. 4. §. 1. de statu hominum eine bedeutungsvolle Verſchiedenheit in der deutſchen und römiſchen Betrachtungsweiſe über die Rechtsbeſtändigkeit der Unfreiheit, während einer unbefangenen Betrachtung die völlige Gleichheit der Argumentation nicht entgehen kann. Ein höherer objectiver Rechtfertigungsgrund fehlt, deßwegen erklären beide Stellen übereinſtimmend das Inſtitut für ein durch menſchliche Einrichtungen geſchaffenes und demgemäß für rechtsbeſtändig. Gerade in der Erklärung des Spieglers, daß etwas vor Gott Unrecht ſein könne und trotzdem beſtehe, liegt die klare Widerlegung der unabänderlichen Geltung des ſ. g. natürlichen Rechts. Die allgemeinen Sätze der Gloſſe des Sachſenſpiegels, welche ſich noch dazu völlig auf römiſche Stellen (direct und indirect) ſtützt, ſind daher völlig unbedeutend.

Die Zurückführung alles Rechts auf eine beſtimmte formelle Quelle tritt auch gerade in der Auffaſſung des römiſchen Rechts als kaiſerliches Geſetzesrecht hervor, eine Anſicht, die doch nicht aus dem römiſchen Rechte ſelbſt entnommen ſein kann. Wenn aber der Verf. die Anſchauungsweiſe der hiſtoriſchen Schule von dem Recht und deſſen Entſtehung als Ar-

---

Einrichtungen der Urzeit auf Geſetze des Romulus und Numa irrthümlich als gerade für das römiſche Recht charakteriſtiſch an.

6) Senckenberg, Corpus juris Germanici t. I. praefatio §. 3 sq.

gument dafür, daß dieſe objectiviſtiſche Auffaſſung eine weſentlich deutſche ſei, braucht, ſo dürfte man ihm wohl zu bedenken geben, aus welchem Rechte ſich dieſe Schule ihre Kenntniß geholt, welches Recht ſie vor Allem wiſſenſchaftlich betrachtet habe. Gerade durch das Studium des römiſchen Rechts iſt der modernen Jurisprudenz die objective Natur des Rechts klar geworden. — Wenngleich daher nicht zu läugnen iſt, daß auch in der Zeit nach der Reception des römiſchen Rechts in Deutſchland die Anſicht von der formellen ſubjectiviſtiſchen Entſtehung des Rechts gäng und gebe war, ſo kann man, um hieraus abzuleiten, daß dieſe Anſicht durch die Reception des römiſchen Rechts entſtanden ſei, nicht einmal das Argument quia post hoc, ergo propter hoc brauchen.

§. 5.

(Schmidt §. 4.)

Stellung des Volks zum Recht.

Der Verf. argumentirt folgendermaßen: dem römiſchen Subjectivismus gemäß ſteht das Volk als Schöpfer des Rechts über der von ihm geſchaffenen Rechtsordnung — Princip der Volksſouveränetät. Das Volk iſt weder im Allgemeinen, noch im einzelnen Fall an dieſelbe gebunden und eben ſo iſt auch der Delegatar der Souveränetät, der Inhaber der Staatsgewalt legibus solutus. Nach der germaniſchen objectiven Anſchauung ſteht das Volk unter der von Gott aufgerichteten Rechtsordnung — Princip des göttlichen Rechts. Das Volk kann das Recht allerdings nach ſeiner Erkenntniß des in ſeinem ſittlichen Bewußtſein offenbarten göttlichen Willens geſtalten, aber es iſt eben durch dieſe Erkenntniß gebunden. Dieſer Gegenſatz begründet eine Verſchiedenheit in der Geſtaltung des Rechts, namentlich des Staatsrechts. „Iſt

der Wille des Volks die Quelle alles Rechts, ſo muß er auch als ſolche dargeſtellt und behandelt, und folglich die ganze Verfaſſung ſo geſtaltet werden, daß ſowol bei der Geſetzgebung, als auch bei der Staatsregierung überall der Wille des Volks, d. h. hier der actuelle Wille aller Einzelnen oder der Majorität, ermittelt und realiſirt wird. Im andern Fall muß dagegen der göttliche Wille, das Ethos, als das herrſchende Princip dargeſtellt und behandelt, folglich die ganze Verfaſſung ſo geſtaltet werden, daß ſowol bei der Geſetzgebung, als bei der Regierung nicht ſowol der Wille des Volks oder der Majorität, ſondern überall das in dem ſittlichen Bewußtſein des Volks ſich manifeſtirende Ethos ermittelt und realiſirt wird." Im erſten Fall unbeſchränkte Macht des Volks oder des Delegatars ſeiner Souveränetät, Möglichkeit der Abweichung von der allgemeinen Rechtsordnung im einzelnen Fall durch Perſonalconſtitutionen, Inſtructionen an den Richter u. ſ. w., Unmöglichkeit von Schranken gegen den Mißbrauch dieſer Gewalt, namentlich zur Sicherung der Minorität. Im zweiten Fall Beſchränkung des Inhabers der Staatsgewalt durch den göttlichen Willen und äußere Schranken gegen den Mißbrauch dieſer Gewalt, Sicherung der Minorität durch verſchiedene Curien, itio in partes und Richterſpruch, der einzelnen Individuen durch Verpflichtung der Obrigkeit zur Gewährung eines Richterſpruchs, Verbot der Cabinetsjuſtiz u. ſ. w. Die weitere Ausführung dieſer Sätze und den Beweis, daß darin grade der ſpecifiſche Unterſchied des römiſchen und germaniſchen Staatsrechts beruhe, behält ſich der Verf. für den zweiten Band vor und fügt nur noch hinzu, daß in Rom allerdings eine ſittliche Beſchränkung dieſer Machtvollkommenheit anerkannt worden ſei, aber eben nur als ſittliche, über deren Exiſtenz der Machthaber ſelbſt zu entſcheiden gehabt habe, während das germaniſche Staats-

recht den Inhaber der Staatsgewalt zur Unterordnung ſeines Willens unter einen Richterſpruch verpflichte.

Der Verfaſſer confundirt zwei weſentlich verſchiedene Begriffe fortwährend mit einander. Den Abſolutismus des Staatswillens, gleichviel wer Träger der Staatsgewalt iſt, und diejenige Verfaſſungsform, nach welcher die Geſammtheit der Volksglieder Träger der Staatsgewalt iſt — beide begreift er unter dem Namen Volksſouveränetät, während dieſer an ſich unklare Ausdruck, dem heutigen Sprachgebrauch gemäß, nur für die genannte Verfaſſungsform gebraucht wird, beide Begriffe aber auch gar nicht ſich bedingen, ſo daß ihr neben einander Vorkommen als zufälliges erſcheint.

Wie wenig genau die Deduction der Volksſouveränetät aus dem ſubjectiviſtiſchen Princip iſt, zeigt ſich ſchon in der wirklich naiven Weiſe, mit welcher der Verf. die für diejenigen, welche die reine Democratie als die an und für ſich vernünftige und daher ohne Weiteres ſelbſtverſtändliche Verfaſſung ausgeben, ſo ſehr peinliche Frage nach dem Rechtsgrunde der Majoritätsherrſchaft völlig übergeht. S. 76 wird geſagt: „Der Wille des Volkes, d. h. hier der actuelle Wille aller Einzelnen oder der Majorität;“ dieſelbe Zuſammenſtellung durch „oder“ vermittelt wiederholt ſich.

Eine Unterſuchung dieſer Frage hätte den Verfaſſer freilich auch alsbald von der Unmöglichkeit überzeugt, wie überhaupt einen Rechtsſatz, ſo hier ſpeciell eine beſtimmte Verfaſſungsform, die ja weiter nichts iſt, als ein Complex von Rechtsſätzen, aus dem ſ. g. ſubjectiviſtiſchen Princip zu conſtruiren. Iſt es, wie das der Verf. anzunehmen ſcheint, etwas Selbſtverſtändliches, daß die Majorität die Geſammtheit repräſentirt (wie dieß der in l. 160 de regulis juris all-

gemein ausgesprochene, aber in dieser Allgemeinheit in Rom wol nie anerkannte Satz aufstellt) — woher stammt dieser Satz? Er müßte dann doch wol eine objectiv feststehende Wahrheit sein. Soll aber auch dieser Satz ein willkürlich festgesetzter sein, durch wen ist er dann festgesetzt? Nothwendig durch die Gesammtheit. Diese konnte ihn jedoch nicht anders festsetzen, als indem jeder Einzelne ausdrücklich oder stillschweigend erklärte, seinen Willen dem der Gesammtheit unterwerfen zu wollen, also durch Negation des subjectivistischen Princips. Daß eine gegebene Erklärung binde, ist der objective Satz, von welchem dabei ausgegangen werden muß.

Der Verf. beruft sich schon in der Vorrede auf die Uebereinstimmung seiner Auffassung des römischen Rechts mit der Ihering's [1]); es sei mir deßwegen erlaubt, hier einen Blick auf die Construction dieses geistreichen Schriftstellers, so weit sie unsere Frage berührt, zu werfen. Ihering [2]) sagt: „Wille des Staats ist Wille der Individuen, Gesetz ein Vertrag, wodurch sich Letztere gegenseitig zu einer gewissen Handlungsweise verpflichten, das Recht im objectiven Sinn die daraus entstehende Verpflichtung Aller."

Wollte man gegen diese Darstellung einwenden, daß durch Vertrag nur einzelne Rechtsverhältnisse bestimmt, aber nicht ein Rechtssatz geschaffen werde, so könnte diesem Einwand mit Recht entgegnet werden, daß die Unterscheidung von Bestimmung von Rechtsverhältnissen und Rechtssatz hier, wo alle diejenigen, welche durch den Rechtssatz gebunden sein sollen, contrahiren, eine völlig unpraetische sei. Für Käufer und Verkäufer hat die concrete vertragsmäßige Feststellung

1) Geist des römischen Rechts. Bd. I.
2) a. a. O. Bd. I. S. 201.

über die Tragung der Gefahr ganz dieſelbe Bedeutung, wie der daſſelbe Kaufgeſchäft normirende allgemein feſtgeſtellte Satz über Gewähr der Mängel. Innerhalb des Rechtskreiſes des concreten Kaufgeſchäfts kann man beide Sätze als Rechtsſätze bezeichnen. Deutlicher tritt dieß hervor, wo zwiſchen Geſchäftsfreunden Bedingungen feſtgeſetzt werden, nach welchen alle zwiſchen ihnen vorkommenden Geſchäfte beurtheilt werden ſollen, beſonders deutlich in Geſellſchaftsverträgen, in welchen möglichſt alle vorkommenden Rechtsverhältniſſe ausdrücklich geregelt werden, ſo daß auf allgemeine Rechtsſätze ſelten nur recurrirt zu werden braucht. Auf welche Weiſe können aber dieſe beſonderen Regeln feſtgeſetzt werden? Dadurch, daß jeder Einzelne, deſſen Verhältniſſe dieſelben berühren ſollen, ſich ihnen unterwirft, d. h. ſeinen Willen in entſprechender Weiſe bindet. Ich kann durch Vertrag gebunden werden, weil ich meinen Willen binden kann, d. h. durch beſonders qualificirte Willenserklärung bewirken kann, daß ich vernünftiger Weiſe ſpäter nicht anders wollen kann (darf). Ich binde mich durch Vertrag, weil ich will. Auf dieſelbe Weiſe können nun allerdings auch ſämmtliche Angehörige eines Volksſtammes mit einander contrahiren, es muß aber auch für eine ſolche „publiciſtiſche Societät“ [3]) daſſelbe Erforderniß aufgeſtellt werden, daß jeder Einzelne ſeinen Willen in entſprechender Weiſe binde. Das einzelne Volksglied iſt nur darum obligirt, weil es gewollt hat; wer nicht gewollt hat, iſt nicht obligirt. Daraus, daß ſchon verſchiedene Verträge zwiſchen allen Volksgliedern abgeſchloſſen wurden, folgt noch nicht, daß eine Anzahl derſelben durch einen unter ſich abgeſchloſſenen neuen Vertrag auch die übrigen früheren Contrahenten binden kann, und es bleibt völlig einerlei, ob dieſe zum Beitritt zu dieſem Ver-

3) Ihering a. a. O. Bd. I. S. 195.

trag aufgefordert worden ſind, oder nicht. Auch der Inhalt des neuen Vertrags iſt völlig irrelevant, er mag mit dem eines früheren Vertrags in Beziehung ſtehen oder nicht. Der neue Vertrag kann auf die früheren Verträge nicht den mindeſten Einfluß ausüben. Dieſe bleiben, welchen Inhalt auch der neue Vertrag haben mag, ſo weit es ſich um die Verpflichtungen gegen die nicht neu contrahirt habenden alten Contrahenten handelt, völlig beſtehen. Ganz daſſelbe muß auch gelten, wenn die alten Contrahenten ſämmtliche Glieder eines Volkes waren. Nach dem reinen Princip des ſubjectiven Willens ſind alſo Majoritätsbeſchlüſſe nicht bindend.

Sowie nun aber vertragsmäßig feſtgeſetzt werden kann, daß die einzelnen Contrahenten nicht nur ihren Willen in beſtimmt ausgeſprochener Weiſe binden, ſondern ſich allgemein obligiren, in beſtimmter Weiſe feſtzuſetzende Regeln als für ſich bindend anzuſehen[4]), ſo iſt auch eine derartige Feſtſetzung durch ſämmtliche Glieder eines Volkes denkbar. Es iſt denkbar, daß ſämmtliche Volksglieder über einen Modus der Feſtſtellung gewiſſer Regeln übereinkommen und ſich auf dieſe Weiſe aufzuſtellenden Regeln im Voraus unterwerfen. Dieſe Feſt-

4) Dergleichen Verträge bilden den erſten Anfang der meiſten Actiengeſellſchaften. Bei der Zeichnung der Actien werden ſ. g. proviſoriſche Statuten vorgelegt, deren definitive Feſtſtellung, mitunter ihrem ganzen Inhalt nach, der erſten Generalverſammlung der Actionäre vorbehalten wird, d. h. der Majorität der in der Verſammlung erſchienenen (mitunter noch ſpeciell, z. B. durch den Beſitz mehrerer Actien qualificirten) Contrahenten. Gegründet wird die Actiengeſellſchaft durch den Conſens ſämmtlicher Geſellſchafter (Zeichnung der Actien), Inhalt des Grundvertrags iſt möglicher Weiſe nur die Unterwerfung unter die von einigen Geſellſchaftern aufzuſtellenden Regeln und der Beſtimmung der Art, in welcher dieſe Regeln feſtgeſtellt werden ſollen, wenigſtens für das erſte Mal, denn möglicherweiſe kann die Majorität berechtigt ſein, einen anderen Modus auch hierfür einzuführen, alſo auch z. B. eine andere Majorität.

ſtellung kann einer oder mehreren Perſonen übertragen werden, es kann feſtgeſetzt ſein, daß, um eine Regel gültig feſtzuſtellen, alle Contrahenten berufen werden müſſen, und daß die übereinſtimmende Willenserklärung einer Majorität der Erſchienenen die Regel bildet. Dieſe Modalitäten ſind aber, was den Grund der Verbindlichkeit der feſtgeſtellten Regeln für alle Volksglieder betrifft, völlig gleichgültig. Für die Minorität iſt die Majorität ebenſo ein Dritter, als der Eine, oder die Wenigen, in deren Hand die Feſtſtellung der Regeln gelegt iſt, und ſelbſt die der Majorität angehörenden Volksglieder ſind nicht obligirt durch ihre Willenserklärung, ſondern durch die Willenserklärung der Majorität. (Erſt wenn dieſe ſich herausgeſtellt hat, hat das einzelne Votum Bedeutung.) Der Grund der Obligirung Aller iſt der einſtimmig angenommene Vertrag, der Grundvertrag. Der Inhalt dieſes Vertrags iſt nun aber die Negation des ſubjectiven Willens, die Anerkennung eines über den Einzelnen ſtehenden Staatswillens, mithin die Anerkennung eines von der Geſammtheit der Individuen verſchiedenen Staates. Geht man alſo auch urſprünglich von dem Syſtem des ſubjectiven Willens aus, ſo muß man doch, um zu dem Satze zu gelangen, daß allgemein bindende Sätze auch gegen den Willen einzelner Volksglieder feſtgeſtellt werden können, mit dem erſten Schritt das Syſtem ſich ſelbſt zerſtören laſſen.

Ihering glaubt auf eine andere Weiſe die Majoritätsbeſchlüſſe rechtfertigen zu können. S. 203 ſagt er: „Die Wirkung des Geſetzes für den Einzelnen iſt die eines Vertrags, den er ſelbſt mit abgeſchloſſen hat;“ und weiter S. 113: „Ob er für oder gegen das Geſetz ſtimmte, oder an der Abſtimmung keinen Antheil nahm, iſt für dieſe Auffaſſung gleichgültig. Indem er im Staate bleibt, erkennt er das Geſetz hinterher auch für ſich als bindend an.

Gehen wir auf das Privatrecht zurück. Drei Personen schließen eine Societät. Nachdem die Erfüllung des Societätszweckes angefangen hat, aber noch nicht vollendet ist, schließen zwei der Gesellschafter einen neuen Vertrag, welcher sich vielleicht auch auf den Societätszweck bezieht. Der dritte Gesellschafter, der trotz der Aufforderung der beiden andern nicht zu dem neuen Vertrag hinzutritt, tritt aber auch nicht aus der alten Societät aus; hat er dadurch sich dem neuen Vertrag unterworfen?

Nach Ihering existirt ein von der Gesammtheit der römischen Bürger verschiedener Staat ursprünglich nicht. Es kommt nur zwischen diesen eine Reihe von Verträgen vor. Diese sind von einander unabhängig frei abgeschlossen worden, die Summe derselben macht das öffentliche Recht aus. Es soll eine neue Regel festgestellt werden. Die Majorität schließt den betreffenden Vertrag ab. Man wird nun allerdings auch hierbei stillschweigende Willenserklärungen anerkennen müssen, und so kann unter Umständen das Nichterscheinen bei der Abstimmung als concludente Handlung gelten, und auch der dissentirenden Minorität Angehörige können sich durch concludente Handlungen der Regel unterwerfen. Das s. g. „im Staate Bleiben" ist aber an sich eine concludente Handlung nicht. Man kann darunter verstehen das innerhalb der Stadt Wohnenbleiben, oder die fortdauernde Anerkennung und Erfüllung der früher der Gesammtheit gegenüber freiwillig übernommenen Obligationen. Das Erstere beruht auf dem ungebundenen, subjectiven Willen, zum Zweiten existirt sogar eine Verpflichtung. Die Ausführung einer rein facultativen Handlung und die Erfüllung einer Verpflichtung sind aber an sich nun und nimmer concludente Handlungen. Nur eine feststehende Regel, daß der den Ausspruch der Majorität nicht Anerkennende nicht mehr als berechtigtes Volksglied — civis

romanus — gelten ſollte, kann das ſich als civis Geriren als thatſächliche Willenserklärung, ſich der Majorität zu unterwerfen, rechtfertigen. Dieſe Regel aber, mag man ſie durch einen urſprünglichen, wirklichen Vertrag feſtgeſetzt, oder als objectiv exiſtirend anſehen, enthält die Negation des Syſtems des ſubjectiven Willens und mithin der Identität der Geſammtheit der Bürger und des Staates.

Der Verf. will den Beweis ſeines Hauptſatzes erſt im verſprochenen zweiten Band führen. Es ſoll deßwegen auch hier auf die aufgeſtellten Sätze nicht ausführlich eingegangen[5]), ſondern nur auf das Irrthümliche in einzelnen derſelben aufmerkſam gemacht werden [6]).

Der Verf. macht nirgends einen Unterſchied zwiſchen den verſchiedenen Verfaſſungen des römiſchen Staats und dem Despotismus der ſpäteren Kaiſerzeit. Ihm iſt die Fiction,

---

5) Wenn der Verf. im zweiten Band auf den Einfluß der Lehre von dem Abſolutismus des römiſchen Imperators (welcher, wenn auch dem Gang der römiſchen Geſchichte entſprechend und hiſtoriſch gerechtfertigt, aus den Principien des römiſchen Rechts nicht zu deduciren iſt und vom rechtlichen Standpunct aus als Zufälligkeit erſcheint) auf die deutſche Staatsverfaſſung kömmt, ſo möge er es doch ja vermeiden, lediglich theoretiſche mit den thatſächlichen Verhältniſſen in ſchneidendem Widerſpruch ſtehende Ausſprüche (z. B. die der Doctoren in der Anekdote vom geſchenkten Pferde) als Beweiſe anzuführen. Ferner iſt das kaiſerliche Imperium und die Landeshoheit genau aus einander zu halten und ſind die einzelnen Entwicklungsſtufen derſelben zu berückſichtigen. Es gibt wohl kaum eine Lehre, in welcher die theoretiſchen Deductionen ſo weit von der rechtlichen Thatſache abweichen, als die von der kaiſerlichen Machtvollkommenheit. — Die Anführung (S. 156, N. 4) der ſophiſtiſchen und doch unbehülflichen Diſtinction der Gloſſe zu Sachſenſpiegel III, 78 rechtfertigt wol die ausgeſprochene Befürchtung und Bitte.

6) Vergl. Ihering a. a. O. Bd. II. S. 59 ff.

durch welche die Kaiſer ihre Machtvollkommenheit zu rechtfertigen ſuchten, eine Wahrheit. Der Kaiſer gilt ihm wirklich als Delegatar der Souveränetät des Volks. — Auf die Beſtimmungen der ſervianiſchen Verfaſſung ſcheint er nach S. 77, Note 1 gar keine Rückſicht nehmen zu wollen; wie leicht aber ließen ſich dieſe, namentlich die Sonderung der seniores und juniores und die Verſchiedenheit der Zahl der Centurien in den einzelnen Claſſen in der Weiſe des Verfaſſers für ſein Syſtem der Ermittelung des Ethos ausbeuten. — Wen er bei den Germanen als Inhaber der Staatsgewalt bezeichnen will, iſt nicht klar. Manches ſcheint ſich nur auf den Kaiſer zu beziehen, Anderes aber auch von den Landesherrn verſtanden zu werden[7]). Falſch bleibt es aber ſowol für den Kaiſer, als für die Landesherrn, dieſelben als Inhaber der Staatsgewalt zu bezeichnen. — Falſch iſt die gleichartige Behandlung der Reichsſtände und der Landſtände, und die von den Ständen im Allgemeinen vorgetragenen Sätze gelten weder von dieſen, noch von jenen. Falſch iſt es, daß die Staatsgewalt bei den Germanen dem Richterſpruch unterworfen war. Der König allein konnte wegen Verbrechen angeklagt werden[8]); wo war aber das Gericht, welches ein Reichsgeſetz oder eine mit Zuſtimmung der Kurfürſten oder des geſammten Reichstags vorgenommene Regierungshandlung ſeiner Cognition unterziehen konnte? — Ein eigenthümlicher

7) Siehe z. B. S. 156 Markgraf, Graf. (Da die Ausführungen des §. 14 ſich eng an die des vorliegenden Paragraphen anſchließen, ſo habe ich Einiges, was dort erſt ausgeführt wird, ſchon hier berückſichtigt.)

8) Vor der Verurtheilung mußte der König ſeiner Würde verluſtig erklärt ſein (Sachſenſp. III, 54. §. 4). Ebenſo wird der römiſche Magiſtrat nach Niederlegung ſeiner temporären Gewalt, wegen der bei ſeiner Amtsführung begangenen Verbrechen, verurtheilt.

Verſuch iſt es, in der aus einem Compromiß feindlicher Parteien im Reich hervorgegangenen ſ. g. itio in partes eine Conſequenz der germaniſchen Auffaſſung des Staats zu erkennen. Die Herrſchaft der Majorität innerhalb des einzelnen „Standes" bei der itio in partes rechtfertigt der Verf. als ein judicium parium, durch welches die Minorität gewiſſermaßen überwunden ſei [9]). Da in Rom, wie der Verf. ſelbſt behauptet, nur Ein Stand vorhanden war, ſo könnte mit demſelben Recht und in derſelben Weiſe auch dort die Herrſchaft der Majorität gerechtfertigt werden.

Wenn in der römiſchen Verfaſſung jede Garantie vermißt wird [10]), ſo iſt die Interceſſion jedes höheren Magiſtrats und des ſpeciell zu dieſem Zweck geſchaffene Tribunats ignorirt. Ferner wird der Verantwortlichkeit der Magiſtrate nach Niederlegung ihres Amts nicht gedacht. Die Behauptung aber, daß ſie nach dem Willen des Volks (wie dieſen der Verf. für Rom verſteht) ihr Amt verwalten mußten, iſt unbegründet [11]). Was endlich die Jurisdiction betrifft [12]), ſo waren gegen den Prätor und deſſen Verfügungen dieſelben Garantieen wie gegen die andern Magiſtrate gegeben, die Entſcheidung der judices war aber völlig unabhängig. Zwiſchen der römiſchen und germaniſchen Jurisdiction fand allerdings eine große Verſchiedenheit ſtatt. Die Rollen des Prätors und der judices waren in dem Verhältniß des Richters und der Urtheilsfinder gleichſam verwechſelt: in Rom ſprach der Prätor, in Deutſchland der Urtheilsfinder den in concreto anzuwendenden Rechts-

9) Schmidt S. 166. N. 5.

10) Vergl. die vorzügliche Darſtellung Ihering's a. a. O. Bd. II. §. 35.

11) Ihering a. a. O. Bd. II. S. 274. N. 414.

12) Ihering a. a. O. Bd. II. S. 79 ff., wo beſonders die Ausdehnung des Gebiets der römiſchen Juſtiz hervorgehoben wird.

ſatz aus; darin aber, worin der Verf. den Unterſchied ſucht, iſt vielmehr eine Uebereinſtimmung vorhanden. Wie die römiſchen judices „nur durch den Auftrag des Prätors die Befugniß der Entſcheidung erlangen“ [13]), ſo finden die Schöffen das Urtheil auch nur nach vorhergegangener Frage des Richters, ſtehen aber ſelbſt zu der Staatsgewalt in ähnlichem Verhältniß, wie die judices. Eigenthümlich iſt bei Behandlung dieſes Punctes die Gegenüberſtellung von „Volk,“ welches ſelbſt, oder durch einen beauftragten Magiſtrat entſchieden habe, und „unbeſcholtenen kundigen von der Staatsgewalt unabhängigen Männern,“ welche in Deutſchland das Urtheil fanden [14]). — Was die Ertheilung von Privilegien betrifft, ſo war eine ſolche in den XII Tafeln unterſagt und ſelbſt die ſpätern Kaiſer ſchrieben ſich nicht die Befugniß der willkürlichen Ertheilung derſelben zu (l. 7. C. de precibus imperatori offer., l. ult. C. si contra jus vel utilitatem publicam), ſondern unterſtellen dieſelbe der richterlichen Cognition. Daſſelbe gilt von den Eingriffen in eine anhängige Streitſache (Nov. 113. 125).

Es bleibt nur noch übrig, den Sätzen des Verfaſſers folgende Sätze gegenüberzuſtellen.

Weder nach der germaniſchen, noch nach der römiſchen Anſchauung ſteht der Staat über dem Recht und kann willkürlich Recht ſchaffen. Da jedoch der Staat nach den früheren Ausführungen im Stande iſt, über die durch ihn zu realiſirenden Zuſtände Normen aufzuſtellen, über dem Staat aber keine Macht ſteht, welcher die Prüfung zuſteht, ob dieſe Normen auch der ſittlichen Anſchauung des Volks entſprechen, ſo kann ein Rechtsſatz nicht exiſtiren, welcher den Staat in

13) Schmidt S. 157.
14) Schmidt S. 157. 158.

Betreff der Rechtserzeugung beſchränkte — die Beſchränkung iſt überall ſittlicher (religiöſer) Natur. Um Recht zu ſchaffen, iſt es jedoch nothwendig, daß der Staat die Normen in der verfaſſungsmäßigen Weiſe aufſtellt. Je nach der verſchiedenen Beſchaffenheit der aufzuſtellenden Normen, ſowol hinſichtlich ihres Inhalts, als des Umfangs ihrer Geltung, als des Weſens der durch ſie aufzuhebenden Normen kann aber eine verſchiedene Art der Aufſtellung dieſer Normen — der Geſetzgebung vorgeſchrieben ſein. Es kann der Ausſpruch Eines ſtaatlichen Organs genügen, oder es bedarf der Zuziehung mehrerer. Wo dieſe Organe aus verſchiedenen Perſonen beſtehen und ein Geſammtwille durch Abſtimmung zu erklären iſt, kann ein verſchiedenes Stimmverhältniß [15]), es kann eine verſchiedene Weiſe der Vorberathung und eine Wiederholung derſelben feſtgeſtellt ſein. In allen dieſen Beſtimmungen kann man mit Recht eine Garantie für den möglichſten Ausſchluß der Willkür in der Geſetzgebung finden. Alle diejenigen aber, welche bei der Geſetzgebung concurriren, ſind Staatsorgane, reſp. Inhaber der Staatsgewalt, ſoweit dieſe ſich auf Geſetzgebung bezieht. Eine Beſchränkung der Staatsgewalt durch Dritte iſt undenkbar. Wenn man von einer ſolchen Beſchränkung ſpricht, ſo geht man von einer willkürlichen Begränzung des Begriffs der Staatsgewalt aus, indem man darunter diejenigen Organe des Staats verſteht, welchen abgeſehen von der Geſetzgebung (oder etwa Steuerbewilligung) der Ausſpruch des Staatswillens zuſteht. Die adminiſtrative Staatsgewalt (d. i. das betreffende Staatsorgan) iſt nicht in der Geſetzgebung

15) Z. B. zwei Drittheile Majorität bei Veränderung der in der Verfaſſungsurkunde enthaltenen Beſtimmungen. Auch die ſ. g. itio in partes iſt nichts als ein Abſtimmungsmodus.

beſchränkt, ſondern ſie iſt nach denjenigen Verfaſſungen, in welchen eine ſolche ſ. g. „Beſchränkung“ feſtgeſtellt iſt, eben nur ein Factor der legislativen Staatsgewalt.

§. 6.

(Schmidt §. 5.)

Die Stellung der Fremden zum Recht.

Die rechtliche Stellung der Fremden bei den Römern wird von dem Verf. dem Schutz des Sittengeſetzes, welchen ſie bei den Germanen, gerade ſo wie die Gemeindeglieder genöſſen, gegenübergeſtellt. Der Verf. begnügt ſich mit der Deduction dieſer Sätze aus den aufgeſtellten Grundprincipien, ohne ſie durch poſitive Beſtimmungen zu belegen und gibt daher kein Material zur Kritik. Die einzige Belegſtelle, welche er aus der beliebten Quelle, der Gloſſe zum Sachſenſpiegel [1]) anführt, hat das Unglück, ein ſpäteres Einſchiebſel wahrſcheinlich von Zobel zu ſein, in den ältern Ausgaben (z. B. Augsburg 1496) findet ſie ſich nicht.

Es dürfte freilich wol auch ſchwer geworden ſein, den allgemein aufgeſtellten Grundſatz im Einzelnen auszuführen, denn eine Vergleichung der römiſchen und germaniſchen Grundſätze läßt zu ſehr die faſt völlige Uebereinſtimmung beider hervortreten, eine Uebereinſtimmung, die ſich übrigens wol auch in den Rechten der meiſten Völker finden dürfte.

Das Syſtem der perſönlichen Rechte negativ betrachtet, wonach alſo der Fremde nie nach dem einheimiſchen Recht lebt, iſt völlig identiſch mit dem Nichtverſtatten des commercium. Auch von dem mangelnden connubium finden ſich im germaniſchen Recht, wiewohl ſelten, Spuren; doch

1) „Das natürliche Recht iſt jedermann gemein und man mag es niemand weigern.“ Gl. zur Vorrede des Sachſenſp. bei Zobel.

ſind die vielfachen ſtrengen Verbote der Mißheurathen im alten Rechte vielleicht als Analogie hierher zu ziehen. Poſitiv betrachtet läßt das Syſtem der perſönlichen Rechte ebenfalls eine völlig gleiche Auffaſſung der Römer und Germanen erkennen. Nur derjenige Fremde, welcher einem ſtaatlich anerkannten Volksſtamme angehört, lebt nach ſeinem Recht, d. h. hat überhaupt ein Recht, namentlich ein Wergeld. Auch das hospitium beruht bei Griechen und Römern auf derſelben Grundlage. — Es dürfte intereſſant ſein, zu erfahren, wie der Verf. das jus albinagii und vollends das Wildfangsrecht erklären und in Uebereinſtimmung mit ſeinen Sätzen bringen würde.

Eine principielle Verſchiedenheit der beiden Rechte in dieſem Punct liegt mithin nicht vor. Unſer modernes Recht hat mit der uns heut zu Tage beſchränkt und egoiſtiſch erſcheinenden Ausſchließung der Fremden gebrochen und die Aufnahme des römiſchen Rechts hat uns daran nicht gehindert, ja die behauptete univerſelle Geltung dieſes Rechts mußte nothwendig in dieſem Beſtreben unterſtützen. Auch von dieſer Seite kann alſo die Reception des römiſchen Rechts kein Tadel treffen.

§. 7.

(Schmidt §. 6.)

Das oberſte Princip für die Geſtaltung des Rechts.

Wenn hier der urgirte Gegenſatz auch in dem oberſten Princip für die Geſtaltung des Rechts gefunden und behauptet wird, den Römern ſei dieß Princip: das perſönliche Intereſſe des Einzelnen, den Germanen: der aus der natürlichen und geſchichtlichen Ordnung unſeres Lebens ſich ergebende höhere ſittliche Zweck der einzelnen Lebensverhältniſſe, ſo ſtellt ſich die

Begründung dieſes Gegenſatzes lediglich als Schlußfolgerung aus den aufgeſtellten Hauptprincipien dar, ohne daß für dieſe Conſequenz ein beſonderer Beleg beigebracht würde, welchen man rückſchließend als Beweis der Hauptprincipien ſelbſt anſehen konnte. Daß übrigens die Römer bei Ausbildung ihres Rechts dieſen „höheren ſittlichen Zweck" ebenfalls und in vielen Beziehungen ſchärfer als die Germanen vor Augen gehabt haben, wird ſich in dem Folgenden ergeben. Ich verweiſe hier nur auf die aus dem ſittlichen Zweck der Inſtitute hervorgehende Beſchränkung der Fähigkeit der Vernichtung perſönlicher und ſachlicher Freiheit.

§. 8[1]).

Aeußere Verſchiedenheiten in Bezug auf Entſtehung und Geltung des Rechts.

Nach der römiſchen Anſicht über Entſtehung und Weſen des Rechts, ſchafft der Wille des Volks, d. h. die Geſammtheit der im Staate verbundenen Perſonen oder die von dieſer Geſammtheit mit der erforderlichen Machtvollkommenheit ausgerüſteten Magiſtrate das Recht — außer ihm kann Niemand Recht ſchaffen. Daneben folgt aus dem oberſten Princip für die Geſtaltung des Rechts, daß das Recht für alle Perſonen gleich ſein muß, die Verſchiedenheit der ſittlichen Lebensaufgaben und ſittlichen Vorſtellungen der Menſchen in den verſchiedenen Lebensſphären berührt das Recht überall nicht — für verſchiedene Lebensſpären und verſchiedene Gegenden ſind keine verſchiedenen Rechtsnormen aufgeſtellt. Politiſche Rückſichten können eine Abweichung von dieſem Princip fordern, und überhaupt hiſtoriſche Gründe ein anderes Reſultat herbeifüh-

1) Die Paragraphenzahlen ſtimmen von hier an wieder mit denen Schmidt's überein.

ren, und ſo finden wir auch bei den Römern im Anfang ihres geſchichtlichen Lebens verſchiedene Stände mit verſchiedenem Recht. Dieſe Rechtsungleichheit aber bleibt immer ein Verſtoß gegen das obige Princip, und daher verſchwindet dieſelbe auch bei der weiteren Entwickelung des römiſchen Lebens mehr und mehr und macht allmälig einer abſtracten Rechtsgleichheit ſowol im öffentlichen als im Privatrecht Platz.

Der germaniſche Staat dagegen davon ausgehend, daß die Erfüllung des Sittengeſetzes im Staat die freie That der Einzelnen bleiben müſſe, muß, ſoweit dieß ohne Gefährdung der Grundlagen ſeiner Exiſtenz und ſeines höhern Zwecks geſchehen kann, dem individuellen ſittlichen Ermeſſen der Einzelnen und ihren ſittlichen Bedürfniſſen Raum geben. Der Staat muß folglich einerſeits, ſobald das Volk ſich in Berufsſtände gliedert und die Verſchiedenheit der Lebensbedürfniſſe eine Verſchiedenheit der Lebensaufgaben und ſittlichen Vorſtellungen zur Folge hat, bei der Geſtaltung des Rechts dieſer Verſchiedenheit Rechnung tragen und andererſeits, weil die ſittliche Freiheit der Individuen ihnen auch innerhalb des Staates das Recht gibt, ſich für die Realiſirung ihrer beſonderen ſittlichen Lebenszwecke mit einander zu verbinden, jedem ſelbſtſtändigen Lebenskreiſe die, allerdings der Oberaufſicht des Staats unterliegende und durch ſie beſchränkte Befugniß gewähren, das ſeinen beſonderen Verhältniſſen und Bedürfniſſen entſprechende Recht im Wege der Autonomie ſelbſt zu geſtalten.

Die Geſchichte des römiſchen und die des germaniſchen Rechts bilden einen directen Gegenſatz. Bei den Römern finden wir zu Anfang ihres geſchichtlichen Lebens zwei ſcharf geſchiedene Stände; das fortwährende Streben der Römer aber geht dahin, alle innern Kämpfe hatten dieſen und eigentlich nur dieſen Zweck, dieſe Standesunterſchiede zu beſeitigen

und das Princip der abſtracten Rechtsgleichheit durchzuführen. Bei den Germanen finden wir zu Anfang ihres geſchichtlichen Lebens keine oder doch nur ſchwach gezeichnete Standesunterſchiede; das ganze Streben des Mittelalters aber geht, als das Volk ſich in Berufsſtände gliedert, dahin, die dadurch begründeten Verſchiedenheiten der Lebensverhältniſſe möglichſt ſcharf auszuprägen, und dadurch den einzelnen Berufsſtänden und Lebenskreiſen die volle Entwickelung ihres individuellen Lebens möglich zu machen.

So der Verf., den ich überall ſelbſt habe ſprechen laſſen.

An keiner Stelle des Buchs zeigt ſich deutlicher als hier, wie irrig es iſt, gewordene Zuſtände ohne Berückſichtigung des Werdens, d. h. der hiſtoriſchen Entwickelung aprioriſtiſch zu conſtruiren. Irrig ſind die Behauptungen des Verfaſſers im Einzelnen, zu irrigen Reſultaten mußte aber namentlich das Nichtberückſichtigen der Entwickelungsweiſe der beiden Völker und die Vergleichung verſchiedener Entwickelungsſtufen führen.

Das römiſche Recht entſteht (wenigſtens als römiſches; die Frage, woher es nach Rom gekommen, iſt für unſere Betrachtung gleichgültig) und entwickelt ſich in Rom, d. h. in einer Stadt, und welches auch ſeine Ausdehnung ſpäter wurde, immer iſt in der Stadt die Rechtsquelle zu ſuchen. Die factiſchen Eigenthümlichkeiten der Stadt, ſowol im Innern, als nach Außen bringen es überall mit ſich, daß in ihr ſich die Staatsidee am früheſten und mit beſonderer Schärfe entwickeln muß. Wenn auch urſprünglich eine Gleichheit der Lebensverhältniſſe der Stadtbewohner nicht vorhanden iſt, ſo wird dieſe doch allmälig durch die gleichen Bedürfniſſe und Lebensanſchauungen erreicht, und je mehr die Stadtbewohner

auf ſich beſchränkt ſind, je mehr die Bande, welche einzelne Claſſen derſelben mit außerhalb der Stadt ſtehenden Kreiſen zuſammenhielten, ſich lockern, je mehr die Erinnerung an die vor-ſtadtlichen Stellungen der Einzelnen (das einem beſondern Stamm, einer beſondern Freiheitsclaſſe Angehören) verſchwindet, um ſo mehr wird dieſe Gleichheit eintreten. Ein wichtiges Moment hierbei iſt die Nothwendigkeit des gegenſeitigen Schutzes nach Außen. Die Schutzpflicht iſt gleichſam durch die Natur gegeben, ſie braucht nicht durch beſondere mehr willkürliche Acte begründet zu werden, und ſie findet deßwegen von ſelbſt ihren Ausdruck im Recht. Das Recht wird aber auch allmälig die Gleichheit der Lebensverhältniſſe anerkennen müſſen, der früher vorhandene Grund der verſchiedenen Rechtsbildungen ſchwindet, und es entwickelt ſich an ihrer Stelle eine neue gleichmäßige Rechtsbildung. Die Möglichkeit zu dieſer gleichmäßigen Entwickelung iſt aber auch wieder in der Kleinheit des Raums, in welchem die Rechtübenden ſich bewegen, in dem Verkehr Aller mit Allen, in der Einheit der Rechtſprechung und Geſetzgebung zu ſuchen. — So findet ſich das Städtekönigthum ſchon früh unhaltbar, ſo verſchwindet aber auch die bevorzugte Stellung der Ariſtocratie und es bildet ſich die rechtliche Gleichheit der Städtebürger mit größerer oder geringerer Reinheit aus. Erſtreckt die Stadt ihre Gewalt über ihr Weichbild hinaus, ſo ſteht den Bewohnern des unterworfenen Landes die Geſammtheit der Städtebürger als Herrſcher gegenüber. Umſtände können dieſe beſtimmen, einzelne oder alle Beherrſchten mit demſelben Recht auszuſtatten, nach welchem ſie ſelbſt leben. Es geſchieht dieß aber nicht etwa in der Weiſe, daß an die Stelle des Begriffs der herrſchenden Stadt der Begriff des über das geſammte Territorium verbreiteten Staats tritt, ſondern die Stadt bleibt Herrſcherin, macht aber die Bewohner des beherrſchten Territoriums zu

ihren Bürgern, und als ſolche leben dieſe nach dem Rechte der Stadt. Der Begriff des Reichsbürgerrechts iſt nur durch die Vermittelung des Stadtbürgerrechts, nur in dieſem vorhanden. Dieß iſt die Entwickelung in Rom, und genau daſſelbe iſt die Entwickelung in den germaniſchen — Städten[2]). Nur dieſe und nur ihre Rechtsbildung aber ſind mit Rom und der römiſchen Rechtsbildung zu vergleichen. Die Entwickelung des germaniſchen Rechts außerhalb der Städte mußte einen andern Gang nehmen, weil der geſammte Entwickelungsgang ein anderer war.

Nach der Darſtellung des Verfaſſers muß man annehmen, der germaniſche Staat habe von einem klar erkannten Princip ausgehend von Anfang an den einzelnen in ihm vorhandenen Kreiſen die Befugniß, ihr Recht ſich ſelbſt zu bilden, zugeſtanden. Es würde daraus folgen, daß, wenn er eine andere Rechtsbildung für die richtige erkannt hätte, er auch anders hätte wollen, die Rechtsbildung in ſeine Hand hätte nehmen können. Dieß iſt aber völlig irrig. Die Particularität der Rechtsbildung ging aus den Umſtänden hervor, der Staat, d. h. die größere ſtaatliche Verbindung, war im Allgemeinen nicht fähig, dieſelbe nicht zu wollen, ſie konnte deßwegen auch nicht ihren Urſprung in dem auf einem Princip beruhenden Willen des Staats haben. Wo der Staat im einzelnen Fall fähig war, ſie nicht zu wollen und ſoweit er dazu fähig war, trat er ihr regelmäßig entgegen — er mußte ihr entgegentreten, denn das Streben nach Gemeinſamkeit

2) Daß Rom urſprünglich auf den Ackerbau baſirt, die Stadtmauern und das Caſtell nur ein receptaculum bildeten, begründet keine Verſchiedenheit; das Letztere iſt auch bei einzelnen deutſchen Städten nachweisbar und noch im zwölften und dreizehnten Jahrhundert blieb der Grundbeſitz Bedingung politiſcher Rechte (ſ. Arnold, Verfaſſungsgeſchichte der deutſchen Freiſtädte. Bd. II. S. 142).

der Rechtsbildung im Staate iſt ein nothwendiges [3]). Die Particularität der Rechtsbildung iſt aber auch vielfach nicht aus innern Gründen hervorgegangen, ſondern eine lediglich zufällige.

Die älteſten deutſchen Rechtsquellen zeigen das Recht in ſeiner Einheit innerhalb des Stammes. Nur in zwei Volksrechten iſt particuläre Rechtsbildung ausnahmsweiſe anerkannt. Die Volksrechte ſind aber auch vom Staat, reſp. unter ſeiner Autorität vorgenommene Redactionen des geltenden Rechts. Eben ſo gut wie bei den Frieſen und Sachſen, fanden ſich ſicherlich bei den Baiern, den Alemannen, den Franken Particularitäten im Recht, der fränkiſche Staat war aber mächtig genug, ſie unberückſichtigt zu laſſen, er erkannte innerhalb des ſtaatlich anerkannten Stammes nur Ein Recht an und durch Geſetze wurde dieſe Rechtseinheit erhalten [4]). In der Zeit, als die fränkiſche Staatsgewalt am Mächtigſten daſtand, wurde ſelbſt eine gleichmäßige Rechtsbildung innerhalb des Geſammtſtaats erſtrebt. Nur kurze Zeit währte dieſe Kraft der Staatsgewalt, nur von kurzer Dauer war deßhalb die Möglichkeit der ſtaatlichen Einwirkung auf das Recht, und deßhalb waren auch die gewonnenen Reſultate nicht nachhaltig.

Auf andere Weiſe, als durch den Staat war aber eine Einheit der Rechtsbildung nicht möglich. Das Volk war über ein zu großes Territorium verbreitet, als daß eine nahe und häufige Berührung und dadurch eine Gleichmäßigkeit der Rechtsbildung möglich geweſen wäre. Eine Summe von rechtlichen Grundbegriffen, ja ſelbſt einzelnen ſpeciellen Rechts-

3) Beſchränkungen ſ. u.

4) Warum man die particuläre Rechtsbildung bei den oben erwähnten Stämmen in einigen wenigen Fällen fortbeſtehen ließ, und ſie ausdrücklich anerkannte, iſt unbekannt. Der Grund iſt jedenfalls politiſcher Natur geweſen.

ſätzen war dem geſammten deutſchen Volk, eine größere den Gliedern der einzelnen Stämme gemeinſam — fortgebildet aber konnten dieſe nur werden innerhalb der kleinen Kreiſe, in welchen die Einzelnen in naher fortdauernder Berührung mit einander waren, in welchen ſie über einander Recht ſprachen. Da nun aber dieſen Rechtsbildungen der gemeinſame Mittelpunct fehlte, ſo mußten ſie nothwendiger Weiſe aus einander gehen. Allerdings mag in dem einen oder dem andern Fall eine Abweichung der Lebensverhältniſſe in einem Rechtskreis von der im andern und damit zuſammenhängend eine verſchiedene ſittliche Anſchauung der Grund der abweichenden Rechtsbildung geweſen ſein, in den meiſten Fällen wird die Abweichung aber als zufällige erkannt werden müſſen[5]). Auf dieſe Beſonderheit der Ausbildung wurde aber auch gar nicht ein großes Gewicht gelegt, der einzelne Rechtskreis betrachtete ſie nicht als eine ihm beſonders eingeräumte Befugniß, ja man fühlte vielfach, wie beſchwerlich und wie reſultatlos das Streben des kleinen Rechtskreiſes war, das Recht auszubilden. Ein Streben nach einer univerſelleren Rechtsausbildung iſt erkennbar. Dieß geht deutlich daraus hervor, daß man ſich um Rechtsbelehrung an Auswärtige wendet, daß ein Satz, der als auswärts ſelbſt außerhalb Deutſchlands entſtanden erkannt iſt, unbedenklich angewandt wird, daß ein Rechtskreis das Recht eines andern von ihm vielleicht örtlich weit entfernten annimmt. Dieß zeigt ſich in der großen Schnelligkeit, mit welcher die Rechtsbücher ſich über faſt ganz Deutſchland verbreiteten. Dieß endlich erklärt allein

5) Wie deutlich tritt dieſe Zufälligkeit z. B. in der ſpätern Zeit in der verſchiedenen Ausbildung des ehelichen Güterrechts in benachbarten Städten hervor, während die Aufnahme des Rechts einer andern Stadt eine Rechtsgleichheit unter entfernten hervorbrachte.

die ſo abnorm ſcheinende Thatſache der Reception des römiſchen Rechts.

Wo eine Oppoſition einzelner Rechtskreiſe gegen den Staat eintritt, oder wo der Rechtskreis ſich durch die Erwirkung beſonderer Erklärungen von Seiten des Staats vor Einwirkungen deſſelben ſicher zu ſtellen ſucht, iſt es nicht die Furcht vor Aufgang des particularen Rechts in einem gemeinen, ſondern das Streben nach Wahrung einzelner Privilegien und um dieſe vor jeder Berührung ſicher zu ſtellen, namentlich aber um eine Unterſuchung darüber zu vermeiden, ob dieſe Privilegien auf dem behaupteten Rechtsgrund beruhen, wird die Garantie für den geſammten Rechtsbeſtand eben als beſtehenden gefordert. Da, wo der Rechtskreis eine ſtaatliche Organiſation angenommen hat, iſt daneben der Grund der Erwirkung der Beſtätigung ein formeller, die engere ſtaatliche Verbindung ſucht dieſen ihren ſtaatlichen Character dadurch möglichſt evident hervortreten zu laſſen, reſp. zu wahren, daß ſie innerhalb ihrer Gränzen die weitere ſtaatliche Verbindung von jeder Thätigkeit ausſchließt. Betrachtet man die Beſtätigungsurkunden ſelbſt, ſo wird man in denſelben auch regelmäßig nur die Form der Verleihung eines Privilegs finden, d. h. die Gründung eines Ausnahmezuſtands, keineswegs aber gehen dieſelben von dem Satz aus, daß den einzelnen Rechtskreiſen principiell ihre Rechtsbildung überlaſſen bleiben müſſe.

Bisher wurde der Particularismus der Rechtsbildung in den local verſchiedenen Kreiſen ins Auge gefaßt, der Verf. legt aber hauptſächliches Gewicht auf die Verſchiedenheit der Rechtsbildung in den einzelnen Berufsſtänden. Auf dieſen letzteren Begriff und auf die für beſonders qualificirte Perſonen beſonders aufgeſtellten Rechtsſätze wird in §. 11 genauer eingegangen werden, hier fragt es ſich um die Rechtsbildung

innerhalb der einzelnen Stände und gemäß der ſittlichen Aufgabe der Einzelnen. Nach den oben angeführten Darſtellungen des Verfs. müßte man annehmen, in Deutſchland hätten die einzelnen Genoſſen der Berufsſtände durch die ihnen verliehene Autonomie ihre Standesrechte gemeinſam ausgebildet, während in Rom eine derartige Gleichmäßigkeit des Rechts ſtattgefunden habe, daß durch die Macht des Einzelnen eine Abweichung nicht möglich geweſen ſei [6]).

Bleiben wir nun gleich zuerſt bei dem letzten Satz ſtehen, ſo iſt es evident, daß dem Römer die Befugniß, welche man, wenn auch ungenauer Weiſe, als Privatautonomie bezeichnet, faſt unbeſchränkt zuſtand [7]). Wem aber eine derartige freie Geſtaltung der ihn betreffenden Rechtsverhältniſſe unter Lebenden und von Todes wegen, Fremden und Angehörigen gegenüber zuſteht, der kann nicht über eine Tyrannei klagen, welche ihn hindere, ſein Leben ſeinen individuellen ſittlichen Vorſtellungen gemäß zu geſtalten [8]). Wie der Einzelne, hatten aber auch Corporationen die Freiheit, ihre Rechtsverhältniſſe beliebig zu geſtalten — ſchon die XII Tafeln hatten ihnen dieſe Befugniß gegeben. Dieſelben Befugniſſe ſtanden nach germaniſchem Recht ebenfalls dem Einzelnen und den Corporationen zu — eine weitere exiſtirt auch hier nicht, und daß uns mehr und Mannichfaltigeres über die Feſtſtellung von Rechtsver-

---

6) „Eine Gleichheit des Rechts im römiſchen Sinn würde nach dieſem (dem germaniſchen) Princip eine Tyrannei gegen alle ſein, weil ſie Alle gleichmäßig hindern würde, ihre individuellen ſittlichen Bedürfniſſe zu befriedigen" (S. 101).

7) Es kann mir natürlich nicht in den Sinn kommen, dem Verf. Schuld zu geben, daß er dieſe Befugniß läugne, aber in der Nichtberückſichtigung derſelben an dieſem Ort liegt gerade die Einſeitigkeit der Darſtellung.

8) Jhering a. a. O. Bd. II. S. 100.

hältniſſen innerhalb der Corporationen aus Deutſchland bekannt iſt, als aus Rom, iſt ohne alle rechtliche Bedeutung [9]). Was iſt nun aber unter den ſogenannten Standesrechten zu verſtehen? Sicherlich etwas ganz Anderes, als was der Verf. darunter verſteht. — Unter den Städtebewohnern bildet ſich ein beſonderes Recht. Beruht dieſes vielleicht auf dem Princip des Verfs.? Es iſt kein freier Act der Staatsgewalt, welcher den Städtebewohnern ihre Rechte gegeben, ſie zu Bürgern gemacht hat. Die Städte ſind urſprünglich locale, durch Exemtion entſtandene Rechtskreiſe, wie andere auch. Die beſondern factiſchen Verhältniſſe ermöglichen und fordern eine beſondere Ausbildung ihres Rechts — eine Ausbildung, die aber nur in Oppoſition gegen die ſtaatliche Gewalt erfolgen kann und die nur ſo lange mächtig iſt, als die ſtaatliche Gewalt ſchwach iſt. Ja, ihrer formellen Geſtalt nach ſind es frei gewährte Privilegien, die den Rechtsgrund ihrer ſpäteren einzelnen Freiheiten bilden, in der That aber ſind ſie ertrotzt, erkauft, erkämpft vom Biſchof und vom Kaiſer [10]). Daß innerhalb dieſer localen Kreiſe das Recht mit Bezugnahme auf die beſondern Anſchauungen und Bedürfniſſe der Städtebewohner ausgebildet wird, iſt naturgemäß, erſcheint aber keineswegs als Folge des aufgeſtellten Princips, ſondern für unſere Betrachtung als Zufälligkeit. Dieß ergibt ſich, wenn man zwei Momente ins Auge faßt. Wenn man von einem Berufe der Städtebewohner ſpricht, ſo wird man zunächſt an Pflege der Wiſſenſchaft, des Handels, der Gewerbe denken, und allerdings kann dieſe Pflege in der ſpätern Entwickelung der Städte als der Beruf ihrer Bewohner aufgefaßt werden.

9) S. u. §. 22. 27.

10) Die freiwilligen Verleihungen von Stadtrechten durch die Landesherrn, bei neuen Städtegründungen ſind in der Geſchichte der Städte von untergeordneter Bedeutung.

In der frühern Zeit der Entwickelung, zur Zeit der ersten Entstehung und Ausbildung des Stadtrechts, liegen aber die berechtigten Städtebewohner diesen Berufen nicht ob, welche vielmehr vielfach von Hörigen, überall aber von minder Berechtigten ausgeübt werden. Und doch bleibt das Stadtrecht im Wesentlichen dasselbe, als die Veränderung der Berufe eintritt und verändert sich nur, sowie auch andere Localrechte mit der Zeit sich verändern. Ferner aber, wenn ein besonderes dem Bürgerstand und dessen Beruf eigenthümliches, seinen Bedürfnissen und Anschauungen entsprechendes Recht beabsichtigt worden wäre, warum dann jeder einzelnen Stadt allein die Ausbildung überlassen, warum die große Divergenz der Rechte der nächst liegenden und in völlig gleicher Lage sich befindenden Städte? Der Zweck würde weit sicherer und besser, ja er würde eigentlich nur dadurch erreicht, wenn sämmtliche Städtebewohner eines Landes oder eines Kreises oder des Reichs ein Bürgerrecht festgestellt hätten. — Wenn nun aber auch der Beruf der Städtebewohner unter Einen Begriff gefaßt werden kann, so trennen sich dieselben doch wieder, wenn man sie im Einzelnen betrachtet nach ihren Berufen. Der Verfasser führt selbst die verschiedenen Lebensaufgaben der Handwerker, Kaufleute, Gelehrten an, welche besondere Rechte bedingen sollen. Wo aber existirt ein Handwerker-, ein Kaufmanns-[11]), ein Gelehrtenrecht? Das einzelne Stadtrecht mag eine oder die andere Bestimmung enthalten, die sich auf die

11) Das Handelsrecht würde irrthümlich als solches bezeichnet werden. Es umfaßt dieß diejenigen Rechtssätze, welche die beim Handel vorkommenden Rechtsverhältnisse regeln. Derartige Rechtsverhältnisse kommen und kamen aber nicht nur unter Kaufleuten vor. Die einzelnen Sätze, welche die Verhältnisse der Kaufleute allein regeln, bilden nur einen kleinen Theil des Handelsrechts und sind noch dazu meist gesetzlich festgestellt.

eine oder andere Classe von Personen bezieht, aber damit ist noch kein besonderes Recht hervorgebracht, denn sonst müßte auch von einem besondern Nachtwächter- und Leichenbitterrecht gesprochen werden, und einzelne für Personen, welche gewissen Berufen obliegen, aufgestellte Sätze kennt auch das römische Recht. — Die einen gleichen Beruf ausübenden Personen haben aber auch an und für sich nicht die Befugniß, gemeinsam Rechtssätze aufzustellen, sondern es kamen einzelne corporative Vereinigungen gewisser Berufsgenossen vor, welche die Vereinigung betreffende Rechtsverhältnisse gemeinsam festsetzen, sogenannte Statuten machen können. Sind die Genossen dieser Corporationen aber darum weniger dem Stadtrecht unterworfen? Umfassen die Zunftartikel andere Sätze, als die sich auf die Aufnahme in die Zunft, auf die Rechte und Pflichten in Bezug auf das besondere Handwerk beziehen? Sind alle diejenigen Personen in einer Corporation vereinigt, welche gleiche Lebensaufgabe und gleiche sittliche Anschauungen haben? Oder sind diese Aufgaben und Anschauungen vielleicht verschieden bei Schustern und bei Schneidern? Kann in nur einigermaßen ungezwungener Weise von einem besondern Gelehrtenrecht gesprochen werden, weil an einzelnen Orten Universitäten bestehen? Wenn aber diese Berufsrechte auf nichts weiter hinauslaufen, als auf die Befugnisse von Corporationen, Statuten zu gründen — wo ist dann der Unterschied vom römischen Recht? Was hält dann ab, auch den römischen Handwerkern und Flötenbläsern, den Pontifices, den scribae und Andern dieselbe Befugniß zuzusprechen, das Recht ihrer Lebensaufgabe und sittlichen Anschauung gemäß auszubilden?

Sehen wir, wie es sich mit den Bauern verhält und deren Recht. Hat der Staat die Auflegung vogteilicher Lasten gebilligt, veranlaßt oder selbst welche aufgelegt, um

dadurch den Bauern die Realiſirung ihrer beſondern ſittlichen Lebenszwecke möglich zu machen? Hat er die Feſtſtellung der Verhältniſſe zwiſchen dem Herrn und den Hörigen überwacht, hat er bei der Abſchließung der Leihverträge zwiſchen Grundherrn und Colon und bei der Ausbildung der Hofrechte aus dieſen Feſtſtellungen heraus ſich eines Einfluſſes bewußt enthalten im Intereſſe des Bauernſtandes? Hätte er es vermocht, wenn er anders gewollt, die Rechtsbildung anders zu leiten? Alle dieſe Fragen können mit nein beantwortet werden. — Wie iſt es denn nun aber mit dem Bauernrecht? Das ſogenannte Bauernrecht umfaßt nicht diejenigen Rechtsſätze, welche ſich in einem Rechtskreis, der aus freien Bauern gebildet wird, oder durch die Competenz der Gerichte des Grundherrn gegeben iſt, z. B. über die ehelichen Güterverhältniſſe, über die Vormundſchaft, über Verträge, ausbilden. Das ſo ausgebildete Recht iſt ein locales Particularrecht, wie alle andern. Unter Bauernrecht verſteht man vielmehr gewiſſe Rechtsinſtitute, welche zu ihren Vorausſetzungen Verleihungen von Grund und Boden und Leiſtungen vom Grund und Boden haben. Die einzelnen Sätze dieſer Rechtsinſtitute ſind aber weder von den Bauern ſelbſt, noch in ihrem Intereſſe aufgeſtellt. Sie verdanken ihre Entſtehung vielmehr der Gleichmäßigkeit der Feſtſtellung von Rechtsverhältniſſen zwiſchen Leibherrn, Grundherrn, Vogt — und Hörigen, Colonen, Pfleghaften, und es bedarf nur einer oberflächlichen Betrachtung, um zu erkennen, weſſen Intereſſe dabei hauptſächlich berückſichtigt wurde. Aus dieſen concreten Feſtſtellungen entwickeln ſich mit der Zeit, wie dieß überall, wo eine derartige Gleichmäßigkeit herrſcht (wie dieß auch in Rom geſchehen iſt, z. B. in Betreff des Rechts der einzelnen Verträge), in den einzelnen Rechtskreiſen Rechtsſätze und dieſe vereinigt die Wiſſenſchaft zu Rechtsinſtituten. Dieſe Inſtitute

ſind aber nicht der Art, daß ſie dem Bauer eine größere Fähigkeit gewähren, ſein Leben ſeinen ſittlichen Anſchauungen gemäß zu geſtalten, denn ſie enthalten faſt nur Beſchränkungen ſeiner Handlungsfähigkeit. Nur dann, wenn man es als Lebensaufgabe des Bauers betrachtet, daß er ſich in rechtlicher Beſchränkung bewege, iſt das aufgeſtellte Princip bewährt.

Ebenſo verhält es ſich mit dem ſ. g. Adelsrecht. Scheiden wir die ſtatutariſchen Beſtimmungen einzelner Corporationen, die vertragsmäßigen Feſtſtellungen zwiſchen Landesherrn und Ständen aus, ſo bleiben auch hier nur einzelne Rechtsinſtitute übrig, welche ſich aus der gleichmäßigen Regelung von Rechtsverhältniſſen gebildet haben [12]). Die Fähigkeit aber, Rechtsverhältniſſe in der Weiſe, wie es geſchehen, namentlich hinſichtlich der unbeſchränkten Zeitdauer zu regeln, ſtand nach germaniſcher Auffaſſung nicht dem Adel allein zu und die entſtandenen Rechtsinſtitute bewahrten dieſe alte Fähigkeit, ſoweit ſie ſich erſtrecken. Das römiſche Recht kann eine ſolche Ausdehnung der Befugniſſe des Einzelnen deßwegen nicht anerkennen, weil dieſelbe eine derartige Beſchränkung der Befugniſſe Anderer hervorbringt, welche dem Römer als unſittlich erſcheint. Aber auch nach dem vom Verf. aufgeſtellten Princip iſt eine ſolche Befugniß unſittlich. Das Inſtitut der Fideicommiſſe, der Ausſchluß der Frauen und der Nachgeborenen von der Erbfolge mag aus andern Rückſichten zu rechtfertigen ſein; daß aber der Fideicommißinhaber dadurch, daß es ihm nicht vergönnt iſt, ſich die zur Aufbeſſerung des Gutes erforderlichen Capitalien zu verſchaffen, ſeine Lebensaufgabe beſſer erfüllen, die auf eine ſchmale Aus-

12) S. Gerber über den Begriff der Autonomie im Archiv für civiliſtiſche Praxis. XXXVII. Nr. 2.

ſteuer beſchränkte Tochter, der ſtiefmütterlich bedachte Nachgeborne ihre Lebenszwecke leichter erreichen können, als wenn ſie gleiche Erbtheile mit dem älteſten Bruder erlangt hätten, eine ſolche Behauptung erſchiene doch wol mehr als parador.

Ich faſſe das Geſagte ſo zuſammen: Während in Rom das Recht allgemein anwendbare Rechtsſätze aufſtellt, dem Einzelnen aber eine faſt unbegränzte Freiheit zugeſteht, ſeine Rechtsverhältniſſe beliebig zu regeln und dadurch ihm die Möglichkeit verleiht, „ſein Leben ſeinen beſonderen Lebensverhältniſſen und Lebenszwecken gemäß zu geſtalten," war die particulariſtiſche germaniſche Rechtsbildung nicht im Stande, das Recht zu dieſer Abſtraction zu erheben, welche eine allgemeine gleichmäßige Anwendung möglich macht. Daſſelbe wurde vielmehr innerhalb der einzelnen Rechtskreiſe den vorwiegenden ſpeciellen Lebensverhältniſſen und ſittlichen Vorſtellungen gemäß geſtaltet, dadurch aber auch dem Einzelnen die Freiheit der beliebigen Feſtſtellung ſeiner Rechtsverhältniſſe gemäß ſeiner ſittlichen Anſchauung theilweis entzogen oder beſchränkt. Viele particuläre Rechtsbildungen ſind aber auch durch beſondere Umſtände in der Art influirt, daß das ſie characteriſirende Moment in der Entziehung gewiſſer Rechte und der Auflegung von Laſten beſteht. Wenn dagegen auf der andern Seite manche Rechtsbildungen dem Einzelnen eine Befugniß zur Regelung ſeiner Rechtsverhältniſſe in weiterm Maße geſtatten, als dieß im römiſchen Recht geſchieht, ſo iſt damit zugleich eine unverhältnißmäßig größere Beſchränkung der entſprechenden Befugniſſe Anderer gegeben. Wenn daher auch beſondere anderweite Rückſichten die zuletzt erwähnten Beſchränkungen und Erweiterungen der Befugniſſe der Einzelnen in gewiſſem Maße rechtfertigen mögen, ſo ſteht doch in Bezug auf die Gewährung und den Schutz der ſittlichen Freiheit der Individuen das römiſche Recht dem germaniſchen weit überlegen da.

Zweites Capitel.

Das Recht im ſubjectiven Sinne.

§. 9.

Entſtehung des Rechts.

Das zweite Kapitel handelt vom Recht im ſubjectiven Sinn und auch hier wird, um die Verſchiedenheit der Auffaſſung im römiſchen und germaniſchen Recht darzuthun, von der Entſtehung des Rechts ausgegangen.

Nach dem römiſchen Princip ſoll dem außerhalb des Staates geltenden Recht der Stärke gemäß der Entſtehungsgrund des Rechts der Wille des Erwerbers ſein und ſeine Macht dieſen Willen zu realiſiren. Auch innerhalb des Staats bleibe die factiſche Herrſchaft immer die Grundlage des Rechts, der Rechtserwerb müſſe auf das Princip der Beute zurückgeführt werden. Da jedoch die Rechte der Mitglieder des Staats unter dem Schutze des Geſammtwillens ſtänden, ſo werde im Staat zur Begründung eines Rechts, wodurch ein beſtehendes Recht aufgehoben werde, erfordert, daß der zum Widerſpruch Berechtigte die Erwerbungshandlung dulde, etwas Weiteres, als dieſes Dulden ſei aber nicht erforderlich.

Nach der germaniſchen Anſchauung ſei der Menſch zwar ſittlich berechtigt, die zur Erreichung ſeiner ſittlichen Lebenszwecke dienenden Rechts- und Herrſchaftsverhältniſſe zu begründen, von Anfang an ſei er aber dabei an das Sittengeſetz gebunden, es handle ſich folglich bei der Begründung eines Herrſchaftsverhältniſſes nicht ſowol um den Willen des Erwerbers und ſeine phyſiſche Kraft, dieſen Willen zu realiſiren, als vielmehr zunächſt und hauptſächlich um ſeine ſittliche Berechtigung dazu; ohne dieſe

bleibe ſeine Herrſchaft eine factiſche, werde aber nie und nimmer ein Recht. Der „eigentliche Entſtehungsgrund des Rechts ſei die ſittliche Berechtigung des Inhabers zur Begründung und Ausübung deſſelben.“ Die ſittliche Berechtigung entſtehe aber aus der durch das Sittengeſetz auferlegten Pflicht, „die in der natürlichen Ordnung des menſchlichen Lebens begründeten Verhältniſſe und Beziehungen ihrem höheren ſittlichen Zweck gemäß zu behandeln.“ Der Menſch ſei daher berechtigt, ſie ſo zu behandeln und ſolche Verhältniſſe und Beziehungen zu begründen, welche der Realiſirung jener höheren Zwecke dienen. Das Recht müſſe aber inſofern den Charakter der Ausſchließlichkeit tragen, als der Berechtigte Raum für die freie Bethätigung ſeines ſittlichen Bewußtſeins zu begehren berechtigt ſei. „Wer ein an ſich ſelbſt erlaubtes Rechtsverhältniß auf ſittlich erlaubte Weiſe begründet habe, ſei auch berechtigt, die ſittliche Behandlung deſſelben als ſein ausſchließliches Recht zu beanſpruchen. Die Bedingung aber ſei eben, daß das Recht ein wohlerworbenes iſt, ein Begriff, der die ganze germaniſche Rechtslehre beherrſche, der römiſchen dagegen völlig fremd ſei.“ Hiernach beſtänden die Rechte der Einzelnen, als auf der ſittlichen Ordnung beruhend, ſchon vor dem Staat, und zwar als unverletzliche. Der Staat regle nur den vom Sittengeſetz verliehenen Schutz. Das Sittengeſetz und mithin die Quelle deſſelben, Gott, ſei daher die Quelle jedes Rechts. Wohlerworbenes Recht = von Gott und Rechts wegen zuſtändiges Recht.

Ich glaube die Anſicht des Verfaſſers ſo formuliren zu können. Römiſche Auffaſſung: ich will, und weil ich die Macht habe, dieſen Willen zu realiſiren, habe ich ein Recht. Germaniſche Auffaſſung: ich will, und weil ich ſittlich will, habe ich ein Recht. Auf der einen Seite durch den Willen

realiſirtes Können, auf der andern Seite durch den Willen realiſirtes Dürfen.

Der Verf. bringt noch eine weitere Deduction, wonach in einem andern Sinn jedes wohlerworbene Recht auf Gott, als ſeinen Geber, zurückgeführt werden müſſe. Der Vorausſetzung eines perſönlichen Gottes und einer göttlichen Weltregierung und der Thatſache, daß der Menſch vieles zu erreichen ſtrebe, das Gelingen aber von Umſtänden, die er nicht beliebig geſtalten könne, abhänge, entſpreche es, alles auf ſittlich erlaubte Weiſe Erworbene, mithin auch jedes wohlerworbene Recht, als durch die Gnade Gottes empfangen zu betrachten. Jedes wohlerworbene Recht ſtelle ſich danach als Lehen Gottes dar, welches als ſolches Niemand dem Beliehenen nehmen könne, „ohne ſich gegen Gott zu verſündigen, welches der Inhaber aber auch nach Gottes Willen zu gebrauchen und womit er Gott zu dienen ſchuldig ſei," ſo daß der Gegenſatz ſich ſo ſtelle: Princip der Beute — Princip des Lehens im höheren Sinne.

Der Verf. begeht hier, wie ſo oft, den Fehler, nicht nur nicht die entſprechenden Rechtsbildungsſtufen zu vergleichen, ſondern auch einer rein äußerlichen Thatſache eine philoſophiſche Conſtruction gegenüber zu ſtellen. Das, was als germaniſche Auffaſſung gegeben wird, iſt nichts, als der Verſuch einer ſittlichen Rechtfertigung einer rechtlich anerkannten ausſchließlichen Herrſchaft eines Individuums — eines Rechts.

Wenden wir uns nun aber zunächſt zu der Betrachtung des ſogenannten Princips der Beute, ſo iſt zuerſt die Thatſache hervorzuheben, daß bei jedem Volk urſprünglich das Recht an die factiſche Herrſchaft angeknüpft wird. In evidenter Weiſe tritt dies bei den Rechten an Sachen hervor. Je mehr die Rechtsidee erſtarkt, deſto mehr löſt ſich das Recht von der factiſchen Herrſchaft ab, und zwar ſo, daß einerſeits dieſe nur unter

gewiſſen Vorausſetzungen als rechtliche erſcheint, andererſeits aber die rechtliche Herrſchaft weit über die Gränzen der factiſchen hinausreicht. Am längſten erhält ſich die Berückſichtigung der letzteren in Betreff der Entſtehung des Rechts. Die factiſche Herrſchaft wird dann immer mehr und mehr zurücktreten müſſen, wenn einzelne Gründe derſelben mit zur Anerkennung kommenden Rechtsprincipien in Widerſpruch gerathen. Wo dieß nicht der Fall iſt, behält ſie auch in ausgebildeten Rechten noch ihre rechtliche reſp. Recht hervorbringende Kraft, z. B. bei der Occupation, Beute. Wo aber durch Widerſpruch anerkannter Rechtsprincipien die factiſche Herrſchaft ihre Bedeutung verliert (ob ſie zur widerrechtlichen oder nur zur rechtlich indifferenten wird, iſt dabei gleichgültig), bleibt hin und wieder eine äußerliche Anerkennung derſelben in der Art zurück, daß zur Entſtehung eines Rechts die Vornahme gewiſſer Scheinhandlungen erforderlich iſt, welche ihrer wahren Bedeutung nach als eine factiſche Herrſchaft begründend oder als Ausflüſſe einer ſolchen ſich darſtellen — ſymboliſche Handlungen. — Gerade die nur ſcheinbare Vornahme dieſer Handlungen, die nicht conſequente Durchführung und die Verbindung derſelben mit andern Handlungen (Worten) laſſen es häufig klar hervortreten, daß der factiſchen Herrſchaft, auf welche ſie ſich beziehen, eine rechtliche Bedeutung an ſich nicht zukömmt.

Dieſes Anknüpfen des Rechts an die factiſche Herrſchaft findet ſich aber nicht nur im römiſchen Recht, ſondern noch viel evidenter im germaniſchen Recht, und zwar aus dem Grunde, weil hier die Rechtsidee nie mit derſelben Präciſion aufgetreten iſt, wie dieß ſchon in der uns bekannten früheſten römiſchen Rechtsbildung der Fall war. Will man daher aus dieſen Thatſachen Schlüſſe ziehen, ſo müſſen dieſe auch für

das germaniſche Recht gelten und es würde jedenfalls irrig ſein, ſie nur für das römiſche Recht anerkennen zu wollen. Eine derartige Schlußziehung iſt aber an und für ſich ganz zu verwerfen. Die vom Verf. aufgeſtellte widerlegt ſich von ſelbſt. Der Verf. geht von dem „außerhalb des Staats geltenden Recht der Stärke“ aus; nach dieſem iſt Recht = durch eigne Macht realiſirter Wille, jeder iſt befugt, ſeine Willensherrſchaft ſo weit auszudehnen, als ſeine phyſiſche Kraft reicht. „Durch Gründung des Staats erhalten die (dergeſtalt entſtandenen) Herrſchaftsverhältniſſe der einzelnen Mitglieder des Staats inſofern den Charakter der Unverletzlichkeit, als ſie jetzt durch den Willen der Geſammtheit geſchützt werden.“ Bis dahin läßt ſich die Argumentation des Verfs., ſoweit ſie hier intereſſant iſt, billigen. Sowie aber ein Schutz der Herrſchaftsverhältniſſe der Einzelnen durch den Willen der Geſammtheit, mithin die Anerkennung von Rechten vorhanden iſt, ſo erſcheint jede eigenmächtige Ausdehnung des Willens, inſofern ſie ſich auf Sachen bezieht, welche der anerkannten Herrſchaft Anderer unterworfen ſind, als rechtswidrig und nur in Betreff herrenloſer oder Feinden angehöriger Sachen iſt ſie rechtmäßig, d. h. rechtswirkend. Durch die Anerkennung des Fortbeſtehens ſeines Herrſchaftsverhältniſſes auch über die Dauer der phyſiſchen Macht hinaus iſt alſo das phyſiſche Können des einzelnen Subjects erweitert, durch die entſprechende Anerkennung der Herrſchaft der Andern aber beſchränkt. Das phyſiſche Können (das Können) und das rechtlich anerkannte Können (das Dürfen) haben daher einen weſentlich verſchiedenen Inhalt und treffen nur auf dem Gebiet des originären Erwerbs zuſammen. Es kann mithin als nichts weniger, denn leicht „begreiflich“ erſcheinen, wenn der Verf. weiter fortführt: „Entſtehungsgrund und Weſen des Rechts erleiden aber dadurch begreiflicher Weiſe keine Verän-

derung. Die factiſche Herrſchaft bleibt immer die Grundlage des Rechtes; der Entſtehungsgrund des Rechts liegt nach wie vor in dem Willen des Erwerbers und ſeiner Macht dieſen Willen zu realiſiren, und jeder Rechtserwerb muß nach wie vor auf das Princip der Beute, das manu capere, zurückgeführt werden." Man dürfte begierig ſein, wie der Verf. dieſen Satz durchführt. Es geſchieht dieß in folgender Weiſe: „Der Unterſchied zwiſchen jetzt und früher beſteht lediglich darin, daß, weil die einmal auf ſolche Weiſe entſtandenen Rechte der Mitglieder des Staats unter dem Schutz des Geſammtwillens ſtehen, einer dem andern wider deſſen Willen nichts wegnehmen darf, die Begründung eines Rechts, wodurch ein beſtehendes Recht aufgehoben wird, alſo vorausſetzt, daß der zum Widerſpruch Berechtigte die Erwerbshandlung duldet [1])."

Um dieſen Satz verſtehen zu können, iſt es nöthig, auf den erſten der Belege einzugehen, welche der Verf. für ſeine Ausführungen gibt. Er behauptet nämlich in den Rechtsformen, welche das ältere römiſche und germaniſche Recht für den Erwerb und die Vertheidigung von Rechten geben, ſpreche ſich der Gegenſatz klar aus, und zwar ſoll dieß namentlich bei den alten Traditionsformeln der Fall ſein. Die Mancipationsformel ſei dem römiſchen Princip gemäß ſo conſtruirt, daß der Wille des Erwerbers und die factiſche Realiſirung dieſes ſeines Willens durch ſie conſtatirt werde. Die Sache werde nicht vom Tradenten gegeben, ſondern der Empfänger nehme dieſelbe, ohne die Willenserklärung des Andern abzuwarten, der Tradent verhalte ſich paſſiv. Bei dieſer Darſtellung iſt aber nur der erſte Theil der Formel berückſichtigt und der Beiſatz ex jure Quiritium wird durch die petitio prin-

1) Schmidt, S. 103.

cipii unſchädlich gemacht, das jus Quiritium ſei eben das Recht, das die thatſächliche Realiſirung des Willens als Recht anerkenne [2]). Der zweite Theil der Formel: isque mihi emtus est hoc aere aeneaque libra, das Geben und Annehmen des rauduſculum pretii loco wird mit Stillſchweigen übergangen, alſo gerade dasjenige Moment ignorirt, durch welches der Act zum Rechtsact wird. Der Verf. läßt an einem andern Orte [3]) nach germaniſcher Anſchauung die ſittliche Berechtigung des Empfängers einer Sache aus der Leiſtung ſeinerſeits hervorgehen. Findet ſich dieſe Anſchauung nun nicht evident in der Mancipationsformel? Nicht die öffentliche Willenserklärung des Erwerbers, nicht das zufällige Stillſchweigen des bisherigen Inhabers bewirkt den Eigenthumsübergang, ſondern die poſitiven Handlungen des Letzteren: das abſichtliche Erſcheinen bei dem feierlichen Act, das Mitbringen der Sache, wenn ſie beweglich war, und vor Allem die Empfangnahme des Symbols des Kaufpreiſes. Sollte der Verf. dieſe Formalitäten vielleicht für reine superflua erklären, ſo dürfte es intereſſant ſein, die Stichhaltigkeit ſeiner Auffaſſung an der Mancipation von Immobilien zu prüfen. Gajus [4]) erklärt ausdrücklich, daß die Gegenwart der zu übertragenden Sachen nur in Betreff der Mobilien ein Erforderniß der Mancipation ſei; res mancipi immobiles brauchten nicht gegenwärtig zu ſein, der Wille des Erwerbers konnte alſo nicht alsbald factiſch realiſirt werden, und doch braucht der mancipio accipiens auch hier die Worte: ex jure Quiritium und wurde Eigenthümer, der die factiſche Beſitzeinräumung in Folge ſeines Rechts fordern konnte. — Ein großes Gewicht legt der Verf. auf die Bezeichnung des Acts als man-

2) Schmidt, S. 110 Note 3.
3) Schmidt, S. 221 Note 3.
4) I. §. 121.

cipatio, welche lediglich den Ergreifungsact des Erwerbers ausdrücke. Ich beſchränke mich, einfach auf die Bezeichnung der gerichtlichen Uebertragungsart als in jure cessio aufmerkſam zu machen, welche mit der germaniſchen resignatio, Auflaſſung völlig gleichbedeutend iſt. Will man aus der Benennung des einen Acts Schlüſſe ziehen, ſo muß man auch dieſelbe Argumentation bei der des andern gelten laſſen. Das cedere wäre es hiernach, nicht das vindicare, woraus der Eigenthumserwerb hervorgeht. — Was nun aber die wirkliche Bedeutung der in jure cessio betrifft, ſo wird durch ſie die Sache nicht „erſtritten“ [5]). Der Streit vor Gericht bei dem Vindicationsverfahren entſteht erſt durch die beiderſeitige Vindication. Bei der in jure cessio kömmt es gar nicht zum Streit, der bisherige Inhaber erſcheint nicht vor dem Prätor, um ſein Recht zu ſchützen, ſondern um durch ausdrückliche Erklärung (quo negante) oder durch Stillſchweigen (auf ergangene Anfrage unter Umſtänden, unter welchen er, wenn er ein Recht zu haben glaubte, dieß ohne ſeinen Nachtheil nicht unbehauptet laſſen konnte) das von dem Andern behauptete Recht anzuerkennen. Der Prätor hatte alſo auch gar nicht, wie bei dem eigentlichen Vindicationsverfahren, den Rechtsgrund der Behauptung des einen oder andern Theils unterſuchen zu laſſen, er addicirte einfach, d. h. er ſprach der Erklärung der Parteien gemäß die Garantie des Volks aus.

Faßt man die Traditionsformeln in ihrer Ganzheit auf, ſo zeigt ſich in ihnen von einer Anerkennung der thatſächlichen Herrſchaft keine Spur, ja wollte man die Verhältniſſe in moderner Weiſe betrachten, ſo könnte man in dem Umſtand, daß das Recht den Eigenthumsübergang entweder aller oder doch

5) Schmidt, S. 110 Note 5.

ſicherlich gewiſſer werthvoller Sachen mit Ausſchließung der einfachen traditio lediglich durch dieſe ſolennen Formeln geſchehen läßt, ſogar ein Streben des Rechts finden, gegen die Eigenmacht Garantien zu ſchaffen — bei der mancipatio durch die Evidenz des synallagma, bei der in jure cessio durch die freie gerichtliche Erklärung. Wenn daher der Verf. gerade als das Gegenſätzliche der deutſchen und römiſchen Erwerbsformen hervorhebt, daß bei *jenen* die ſittliche Berechtigung des Erwerbers außer Zweifel geſetzt werde, indem der bisherige Beſitzer erkläre, ſein Recht auf den Empfänger übertragen zu wollen, dieſem die Sache *gebe* und der Letztere *auf Grund jener Erklärung* ſich in den Beſitz ſetze, ſo kann nur eine rein äußerliche und willkürliche Auffaſſung dieſen Gegenſatz vorfinden [6]).

Derſelbe Gegenſatz ſoll auch in den Vertragsformen wiederkehren — ich verweiſe hier auf das betreffende Kapitel §. 29 — ſchärfer und beſtimmter aber in den Formen des *gerichtlichen Verfahrens* ſich ausſprechen. Der Verf. argumentirt bei der Darſtellung des germaniſchen *Zweikampfs* ſo: Die Realiſirung der von Gott geſetzten ſittlichen Ordnung ſtellt ſich dem menſchlichen Bewußtſein als eine innere ſittliche Nothwendigkeit dar. Der Menſch iſt daher verpflichtet, nach ſeinen Kräften, wenn er waffenfähig iſt, nöthigenfalls mit dem Schwert zu jener Realiſirung beizutragen, leitet aber auch aus dem Glauben an die Gerechtigkeit Gottes die Annahme her, daß Gott eine frevelhafte Verletzung ſeiner Ordnung nicht dulden und daher demjenigen, deſſen Anſprüche gerecht ſeien, den Sieg verleihen werde. In der allgemeinen Anerkennung des Fehderechts liegt alſo, weil es zur Realiſirung der höhe-

6) Ueber das Vertreten der factiſchen Herrſchaft im germaniſchen Mobiliarrecht ſ. u.

ren ſittlichen Ordnung dient, der Anfang einer allgemeinen Rechtsordnung und das Fehderecht ſteht mit der ſtaatlichen Ordnung in keinem abſoluten Widerſpruch, wie vis und jus bei den Römern. Der Zweikampf kann nicht bloß in das gerichtliche Verfahren übergehen, ſondern es muß dieß auch wegen der Unentbehrlichkeit dieſes Mittels zur Erforſchung der Wahrheit ſo lange geſchehen, als ſein Ausgang wirklich als Gottesurtheil angeſehen wird, der Staat hat den Zweikampf nur zu regeln. Das Vorhandenſein des Zweikampfs und der übrigen Gottesurtheile als Surrogate derſelben in der vorchriſtlichen Zeit zeigt aber auch, daß die Vorausſetzung derſelben, daß nämlich die höhere Rechtsordnung, aus der die Einzelrechte entſpringen, von Gott ſtamme und unter Gottes unmittelbarem Schutz ſtehe, ſchon vor der Chriſtianiſirung der Germanen die Grundlage ihres Rechtsſyſtems gebildet hat. Ebenſo zeigt die zähe Feſthaltung des Fehderechts und der Gottesurtheile, wie feſt die Vorausſetzungen derſelben in der germaniſchen Auffaſſungsweiſe wurzeln und wie feſt ſie mit dem ganzen übrigen Rechtsleben verwachſen geweſen ſein müſſen.

Ich kann nicht umhin, meine Anſichten über den gerichtlichen Zweikampf etwas ausführlicher auseinander zu ſetzen, da meiner Meinung nach aus dem Vergleich deſſelben mit den entſprechenden römiſchen proceſſualiſchen Handlungen mit viel größerem Recht das Gegentheil des vom Verf. aufgeſtellten Satzes hervorgehen dürfte.

Fehde, gerichtlicher Zweikampf und modernes Duell ſind alle drei Aeußerungen derſelben Idee — der Selbſthülfe. Das Streben der perſönlichen Abwehr jedes Angriffs liegt in jedes Menſchen Bruſt und wenn daſſelbe auch in rohen Culturzuſtänden ſtärker hervortritt, ſo finden wir doch ſelbſt in den gebildetſten Perioden vielfach den ſittlichen Werth des Menſchen nach dem größeren oder geringeren Grad des Hervor-

tretens dieſes Strebens beurtheilt. Der ſtaatliche Rechtszuſtand (Staat), wie er in unſerm modernen Bewußtſein erſcheint, tritt wenigſtens in allen bedeutenderen Fällen dieſem Streben grundſätzlich entgegen. Die germaniſchen Staatsentwickelungen der früheren Zeiten vermochten jedoch nicht, zu dieſer principiellen und allgemeinen Negation der Selbſthülfe zu gelangen, wiewol ſich mit der mehr und mehr ſich entfaltenden Staatsidee ein Streben und ein theilweis erfolgreiches Streben danach überall vorfindet. Dieß negirende Streben kann aber nur dann und nur inſoweit erfolgreich ſein, als das Recht an die Stelle der Selbſthülfe Mittel und wirkſame Mittel ſetzt, durch welche der Angriff abgewehrt werden kann, oder auch die Möglichkeit des Angriffs ſelbſt ausgeſchloſſen oder doch verringert wird. Wo ſolche Mittel nicht gegeben ſind, wird die Selbſthülfe fortdauern. Das Recht kann ſich in verſchiedener Weiſe zu dieſer Selbſthülfe verhalten. Der Staat behauptet entweder wirkſame Mittel gegeben zu haben, den Angriff abzuwehren und erklärt die Selbſthülfe für ſtrafbar, oder er erkennt den Mangel von entſprechenden Mitteln an, geſtattet die Selbſthülfe und knüpft ſogar rechtliche Wirkungen an den Ausgang der einzelnen Acte derſelben. Zwiſchen dieſen Extremen liegen noch verſchiedene Mittelſtufen: Duldung, limitirte und bedingte Duldung, limitirte und bedingte rechtliche Anerkennung. Genauer geſprochen: das Verhalten des Rechts zur Selbſthülfe drückt ſich nur ganz ausnahmsweiſe in den aufgeſtellten Extremen aus und erſcheint regelmäßig in den angeführten Zwiſchenphaſen.

Das ſ. g. Fehderecht, das in der unbedingten Ausdehnung nie anerkannt war, ſtellt eine ſolche Phaſe dar. In Betreff derſelben findet gar kein Verſuch Statt, der Selbſthülfe eine höhere Bedeutung beizulegen oder das Reſultat derſelben auf ein anderes Moment zurückzuführen, als auf die

perſönliche Ueberlegenheit des einen Theils oder die Begünſtigung durch zufällige Umſtände. Eine andere Phaſe iſt der gerichtliche Zweikampf. Durch den Rechtsgang mit Einſchluß des Urtheils waren zwar friedliche Mittel aufgeſtellt, Angriffe (im weiteſten Sinn) abzuwehren. Dieſe reichten aber in manchen Fällen nicht zu, und es blieb nichts übrig, als die Selbſthülfe. Die Anwendung der Mittel war aber auch nicht immer unbedingt vorgeſchrieben, ſie konnte unter Umſtänden verworfen und an ihrer Stelle zur Selbſthülfe geſchritten werden. Ja auch da, wo das Mittel zugelaſſen war, konnte noch hinterher verſucht werden, ſeine Wirkung durch Selbſthülfe zu zerſtören (Anfechtung von Zeugen, Eideshelfern, Urkunden, ja ſelbſt Urtheilen durch das Schwert). Das Reſultat der Selbſthülfe begründete in allen dieſen Fällen einen rechtlichen Zuſtand. Daß der gerichtliche Zweikampf aber ſeiner Natur nach Selbſthülfe war, zeigt ſich am deutlichſten im Vindicationsverfahren[7]); aber auch der Zweikampf in Folge einer Anklage ſtellt ſich als ſolche dar, ſobald man in's Auge faßt, daß der Ankläger in ſeinem Privatintereſſe auftritt und es iſt gleichgültig, ob man davon ausgeht, daß derſelbe die ihm gebührende Forderung (compositio) durch ſein Schwert erlangen, oder daß er das ihm oder den Seinigen angethane Unrecht abweiſen reſp. rächen will. Ebenſo erſcheint die Anfechtung von Beweismitteln oder Urtheilen als ein Abwehren des durch dieſelben drohenden Nachtheils.

Die Selbſthülfe iſt in allen dieſen Fällen aber nicht unbedingt geſtattet, ſondern ſie wird durch das Recht in gewiſſe Gränzen eingeſchloſſen und ihre Anwendung gewiſſen Regeln

7) Vergl. z. B. lex Alamann. 84. Ponant ipsam terram (eine Scholle des ſtreitigen Grundſtücks) in medio et tangant ipsam cum spatis suis, cum quibus pugnare debent.

unterworfen, die an verſchiedenen Orten und zu verſchiedenen Zeiten verſchieden feſtgeſtellt werden.

Dieſe Anerkennung der Selbſthülfe wurde ſchon früh ethiſch gerechtfertigt. In jedem ſittlichen Volk lebt die Ueberzeugung von dem endlichen Siege des Guten und in specie der Gerechtigkeit. Eine fromme Sinnesart ſucht in den von ihrer Wirkſamkeit unabhängigen Ereigniſſen die Thätigkeit einer höheren Macht, welche zur Realiſirung dieſes Princips führt, und tröſtet ſich demgemäß über die Unzulänglichkeit ihrer Mittel, dieſes Princip ſelbſt zu realiſiren. Dieſe Auffaſſung führt aber ſehr leicht dahin, dieſe höhere Einwirkung als auf den einzelnen Fall berechnet anzuſehen, jedes Ereigniß als Strafe, Belohnung, göttliche Entſcheidung eines einzelnen Falls anzuſehen. Dieſe auch in hohen Culturzuſtänden gäng und gebe rohe Auffaſſung, welche ja häufig als beſonders religiös angeprieſen wird, muß in tieferen Culturzuſtänden, deren religiöſe Ueberzeugung ein viel unmittelbareres Verhältniß der höheren Macht zu dem menſchlichen Dingen aufſtellt, in großer Stärke hervortreten. Es gibt nun Fälle, in welchen die menſchliche Fähigkeit der Gerechtigkeit zum Siege zu verhelfen nicht vorhanden iſt, weil der dazu beſtellten Autorität die Mittel abgehen, die Gerechtigkeit zu erkennen. Ein ſolcher Fall „ad judicium dei pertinet," d. h. die menſchliche Autorität erklärt ihre Wirkſamkeit für geſchloſſen; an die Stelle der Entſcheidung gemäß der von Menſchen zu erkennenden Gerechtigkeit tritt die Entſcheidung durch die perſönliche Kraft der Streitenden; man fügt ſich dieſer Nothwendigkeit aber um ſo leichter, als man ſich berechtigt hält, anzunehmen, daß durch göttliche Einwirkung der gerechten Sache der Sieg werde verliehen werden. Die Kämpfer ſelbſt proclamiren vor Beginn des Kampfs dieſe religiöſe Ueberzeugung, indem Jeder Gott

um Beiſtand für ſeine gerechte Sache bittet [8]). So erſcheint der Zweikampf nach den uns bekannten älteſten Quellen als eine ſittlich gerechtfertigte Selbſthülfe. Auf Selbſthülfe aber liegt noch immer der Accent und der Kampf wird nicht etwa nur vorgenommen, damit ſich die Entſcheidung Gottes zeigen könne, ſondern er ſelbſt iſt es, der entſcheidet, dieſe Entſcheidung aber enthält die Garantie, eine gerechte zu ſein. Allmälig mag nun freilich, als mit einer Läuterung der rechtlichen Anſchauung erkannt wurde, daß die Selbſthülfe als ſolche nicht mehr zu rechtfertigen ſei, die ſittlich religiöſe Anſchauung über den Ausgang derſelben mehr und mehr in den Vordergrund getreten ſein, ſo daß in den ſpäteren Zeiten der Zweikampf wirklich als Mittel, die höhere Entſcheidung herbeizuführen, betrachtet wurde. Von Einfluß hierauf mögen wol namentlich die eigentlichen Gottesurtheile geweſen ſein, welche ſich von Anfang an lediglich als derartige Mittel darſtellen [9]). In den leges barbarorum [10]) findet ſich aber die oben aufgeſtellte Auffaſſung noch völlig vor und auch in der ſpäteren Zeit tritt immer noch eine verſchiedene Behandlungsart der Gottesurtheile und des Zweikampfs hervor, worauf

8) Dieſelbe Anſchauung findet ſich bei jedem Streit, z. B. einer Schlacht, weßhalb auch eine ſolche judicium dei genannt wird.

9) Wie ſehr man aber den Zweikampf und die Gottesurtheile begrifflich aus einander hielt, geht aus der Erzählung des Saxo Grammaticus hervor. Als er von der Verdrängung des Zweikampfs durch die Gottesurtheile in Dänemark berichtet, ſagt er, die Dänen hätten eingeſehen, daß die Entſcheidung des Rechtsſtreits beſſer dem göttlichen Gericht, als dem menſchlichen Streite überlaſſen werde.

10) Im isländiſchen Recht tritt dieſelbe Auffaſſung deutlich hervor. Der Kampf als Verfahren ohne Recht wird dem Proceß als dem Verfahren mit Recht entgegengeſtellt. Vergl. K. Maurer, Beiträge zur Rechtsgeſchichte des germaniſchen Nordens. Heft I. S. 196. Vergl. auch die vorhergehende Erzählung und Erörterung von S. 179 an, namentlich S. 180 u. 185.

ſchon vielfach aufmerkſam gemacht worden iſt[11]). Die weſentliche Verſchiedenheit aber finde ich gerade nicht hervorgehoben; ſie beſteht darin, daß bei den Gottesurtheilen mit dem Streit ſelbſt gar nicht in Beziehung ſtehende, verhältnißmäßig ziemlich gleichgültige Handlungen vorgenommen wurden, welche nur einen unbedeutenden Schaden hervorbringen konnten, der Zweikampf aber ein ernſthafter Kampf war, bei welchem Leib und Leben gewagt wurde und der mit dem Streit ſelbſt in genauem Zuſammenhang ſtand, indem er den Streit der Parteien in ſo draſtiſcher Weiſe darſtellte, daß er nicht einmal nur als Symbol deſſelben aufgefaßt werden konnte (die Vertretung der Parteien durch Kämpfer iſt natürlich nur als Ausartung zu betrachten). Die Nichtanwendung der Gottesurtheile auf Vermögensſtreitigkeiten läßt dieß noch deutlicher hervortreten. Ein weiterer Beleg dafür, daß der wirkliche Kampf das weſentliche Moment im Zweikampf war, iſt die ſeltene Anwendung der Kreuzesprobe. In ihr war auch ein auf die phyſiſche Kraft baſirter Streit der Parteien vorhanden. Er ſtand jedoch nicht in natürlicher Beziehung zu dem Rechtsſtreit; der Ausgang deſſelben war ein an und für ſich gleichgültiger, er konnte nur künſtlich als der Entſcheidung präjudicirend betrachtet werden. Die Kreuzesprobe bot jedenfalls ein bequemes und, ſobald man die Selbſthülfe als unſittlich ausſchließt, ſittlicheres Mittel zur Herbeiführung der göttlichen Entſcheidung. Nichtsdeſtoweniger finden ſich nur ſchwache Spuren der Anwendung dieſer Probe und ſie erſcheint auch da nur als nothgedrungenes Surrogat des Zweikampfs.

Auch unſer modernes Duell ſtellt ſich als Selbſthülfe dar. Die weitere Ausführung darüber ſ. u. §. 18.

11) Vergl. namentlich Unger, der gerichtliche Zweikampf. 1847. §. 3.

Wenden wir uns nun aber zur Darstellung des Verfs., so zeigt sich, daß er, statt von den Bestimmungen der leges und Rechtsbücher über gerichtlichen Zweikampf, von einer ritterlich romantischen Auffassungsweise ausgeht, deren Spuren man überall anderswo, als in unseren Rechtsquellen finden mag. Eine Verpflichtung des waffenfähigen Mannes als solchen, zum Schutz der höheren sittlichen Ordnung sein Schwert zu ziehen, daher die Pflicht, den Schwachen und Schutzlosen zu vertheidigen, die Befugniß, eine fremde Sache zur eignen zu machen, sind Sätze, welche die alten Rechtsquellen nicht kennen. Nur wer ein eigenes Recht behauptet, klagt und kämpft um Anerkennung seines speciellen Rechts oder des Rechts der in demselben Familienkreis mit ihm Stehenden; nur der Verletzte, oder, wenn er nicht mehr existirt, dessen Rechtsnachfolger klagt an und kämpft mit dem Verletzer um die zu leistende Entschädigung oder, um ihn der öffentlichen Strafe zu überliefern. Die in Note 13 aufgestellte Behauptung, daß die Gemeinde bei mangelndem Beweis auf wirkliche Vollziehung des Zweikampfs dringen müsse, ist zwar ganz consequent entwickelt, aber nur leider nirgends anerkannt [12]). Hätte der Verf., was er in der Schlußnote dieses Paragraphen von der auch noch heutigen Tags vorhandenen Anschauung, daß die Wahrheit Sieg behalten müsse, und von der Anwendung dieser Anschauung auf die heutigen Parteiansichten sagt, zum Ausgangspunkt genommen, so würde er zu richtigeren Resultaten gekommen sein. Dieser Satz läßt sich auf jeden Kampf anwenden, dem eine Idee zu Grunde liegt, mag er zwischen Einzelnen oder zwischen Nationen gekämpft werden, ja es ist ohne ihn eine

12) Daß die Parteien, welchen nach Angelobung des Kampfs ein Termin zu diesem gesetzt ist, wenn sie nicht erscheinen, dem Richter eine Wedde zahlen mußten, beruht auf allgemein processualischen Grundsätzen.

Kampfesbegeiſterung gar nicht denkbar. Nie aber wird die Anſicht dabei vorhanden ſein, daß man kämpfe, um Gelegenheit zu göttlicher Entſcheidung zu geben, ſondern, um durch den Kampf zum Sieg zu gelangen [13]).

Stellt man, wie dieß der Verf. thut, dem gerichtlichen Zweikampf das römiſche Vindicationsverfahren gegenüber, ſo zeigt ſich hier, ſoweit unſere Quellen zurückgehen, eine völlige Regirung der Selbſthülfe: „Mittite ambo hominem.“ Das Urtheil wird in Folge genauer Unterſuchung des rechtlichen Verhältniſſes geſprochen. Das manus conserere iſt alſo lediglich als ſymboliſche Handlung (in der oben angegebenen Auffaſſung) zu betrachten und der ganze Zuſammenhang zeigt gerade, wie die wahre Bedeutung des Actes der phyſiſchen Gewalt durch das Recht völlig verdrängt iſt.

§. 10.

Begriff und Inhalt des Rechts.

Gemäß der Verſchiedenheit der Anſichten über Entſtehung des Rechts ſoll ſich nach dem Verf. auch eine gleiche Verſchiedenheit in Beziehung auf Begriff und Inhalt zeigen. Dem römiſchen Princip der Beute entſpreche der Begriff des Rechts als „dem Umfang und Inhalt nach unbegränzter (abſoluter) Herrſchaft,“ das Recht ſei eine „Sphäre ſouveränen Schaltens.“ Die Beſchaffenheit der Rechtsobjecte mache keinen Unterſchied. — Im

13) Ich mache hier noch unter den uns geläufigen Ausſprüchen: mit Gott, mit Gottes Hülfe u. ſ. w. namentlich auf einen aufmerkſam, der mir genau hierher zu paſſen ſcheint. „In Gottes Namen“ wird ſo häufig zur Rechtfertigung einer Handlungsweiſe gebraucht, die nicht als zweckentſprechend erſcheint, zu der man aber mit Berückſichtigung des Nichtvorhandenſeins anderer Mittel und in der Hoffnung, den ſittlichen Zweck eben wegen ſeiner Sittlichkeit zu erreichen, greift.

Gegenſatz entſcheide im germaniſchen Recht der „höhere ſittliche Zweck des einzelnen Rechtsverhältniſſes über Inhalt und Umfang des Rechts," das Recht ſei eine „Sphäre ſittlichen Schaltens," jedes Recht ſei ein „Lehen, das der Menſch von Gott empfangen habe, für deſſen Gebrauch er Gott verantwortlich und womit er Gott zu dienen ſchuldig ſei." Es werden nun folgende Sätze formulirt:

1) Der Umfang jedes Rechts iſt durch den höhern ſittlichen Zweck derſelben beſchränkt.

2) Der Inhalt des Rechts iſt durch den höhern ſittlichen Zweck deſſelben beſtimmt.

3) Der Berechtigte iſt verpflichtet, den höhern ſittlichen Zweck des Rechts zu erfüllen.

Der Verf. verweiſt in Betreff der Ausführung ſelbſt auf den ſpeciellen Theil, es werden deßwegen dort dieſe Sätze im Einzelnen zu prüfen ſein. Es wird ſich dabei zeigen, wie der erſte und zweite Satz auch im römiſchen Recht anerkannt iſt, der dritte ſich aber auch im deutſchen Recht in dieſer Allgemeinheit nicht vorfindet, ſondern vielmehr in beiden Rechten manche den Berechtigungen entſprechende Verpflichtungen vorkommen. Was von dem abſoluten Recht der Staatsgewalt geſagt wird, kann erſt, wenn der Verf. im zweiten Theil ſeine ſtaatsrechtlichen Anſichten entwickelt haben wird, einer genaueren Betrachtung unterworfen werden [1]). Hier mag nur die Bemerkung ſtehen, daß die römiſche Staatsallmacht doch immer nur als ein minus der griechiſchen erſcheint, der Verf. aber in den griechiſchen Staatsverfaſſungen das objective Princip ausgeſprochen findet.

Am Schluß des Paragraphen findet ſich eine Darſtellung der Principien des Lehnſtaats, welche mehr von der Fähigkeit

1) S. auch oben §. 5.

des Verfs., seine Ideen in hiſtoriſche Inſtitute hineinzutragen, als dem erfolgreichen Streben, aus demſelben die leitenden Principien herauszufinden, zeugt. In dem Lehnſtaat ſoll der germaniſche Begriff des Rechts zur vollſten Bedeutung gelangt ſein, das Lehn ſeit der Anerkennung der Erblichkeit ſich als edlere und vollkommnere Form des Eigenthums darſtellen und „das entſcheidende Motiv der Oblation der Gedanke geweſen ſein, daß es ſchimpflich und des Mannes unwürdig ſei, ſein Leben in träger Ruhe hinzubringen und daß der Menſch das, was er empfangen, auch verdienen und mit dem, was er habe, einem höhern Zweck dienen müſſe“ [2]).

§. 11.

Einfluß des Rechtsbegriffs auf den Begriff der Rechtsfähigkeit.

Argumentation des Verfs.: Nach römiſcher Anſicht fällt der Begriff der Rechtsfähigkeit nothwendig mit dem der Perſönlichkeit zuſammen. Zur Rechtsfähigkeit iſt eben nichts Anderes erforderlich, als die mit dem Begriff der Perſönlichkeit gegebene Fähigkeit des Willens. Es iſt gleichgültig, ob die Fähigkeit vorhanden iſt, die Rechte zu gebrauchen oder etwas dafür zu leiſten. Daher wird die Rechtsfähigkeit durch körperliche Mängel nicht gemindert und durch geiſtige Mängel nur, ſo weit die Natur der Sache dieß mit ſich bringt, daher üben Sittlichkeit und Unſittlichkeit des Menſchen auf ſeine Rechtsfähigkeit keinen Einfluß. Im Staatsrecht iſt freilich die practiſche Durchführung des Princips nicht möglich und daher die Wirkungen der Infamie. Die Rechtsfähigkeit iſt aber auch eine abſolute, d. h. derjenige, der überhaupt rechtsfähig

2) Schmidt S. 132.

iſt, iſt damit auch aller Rechte fähig, welche ein römiſcher Bürger überhaupt haben kann.

Nach germaniſcher Auffaſſung des Rechts, als eines von Gott verliehenen und daher nach ſeinem Willen zu verwaltenden Amtes kann nur der rechtsfähig ſein, welcher phyſiſch und moraliſch im Stande iſt, das Recht ſeinem höhern ſittlichen Zweck gemäß zu gebrauchen und dieſen Zweck zu erfüllen — der perſönlich Tüchtige — der Mann von unbeſcholtener Ehre.

Dieſe allgemein aufgeſtellten Sätze werden nun folgendermaßen weiter ausgeführt:

In der ältern Zeit, vor der Gliederung des Volks in Stände, iſt die „Vertheidigung der höhern Rechtsordnung der hauptſächliche und wahre Beruf jedes freien Mannes.“ Zur Erfüllung dieſes Berufs muß nöthigenfalls das Schwert gezogen werden, folglich iſt nur der Waffenfähige vollkommen rechtsfähig. Daher hat nicht nur der Zwerg und Krüppel nicht volle Rechtsfähigkeit, ſondern auch diejenigen, bei welchen die erforderlichen ſittlichen Eigenſchaften nicht vorausgeſetzt werden können, d. i. Fremde und — unehelich Geborene [1]) und diejenigen, welche dieſe Vorausſetzung durch Verbrechen verſcherzt haben. Nur Waffenfähige können Gemeindeglieder werden, da der Zweck der Gemeinde die Realiſirung der höhern Rechtsordnung iſt. Nach der Gliederung in Berufsſtände mußte dieß Princip modificirt werden. Jeder mußte jetzt die dem ſpeciellen Lebensberufe, welchem er ſich widmen wollte, entſprechende Qualificationen beſitzen. Dieſer Grundſatz galt im Land-, Lehn- und Hofrecht, fand aber durch das Genoſſenſchaftsweſen des Mittelalters ſeine vollſte Entwicke-

1) S. über die Erklärung der geminderten Rechtsfähigkeit der Unehelichen unten §. 17.

lung. Die Rechtsfähigkeit iſt daher eine relative. Wer vollkommen an ſeinen Rechten war, wurde doch nur immer derjenigen Rechte für fähig geachtet, zu deren rechtem Gebrauch ihn ſein Beruf befähigte. Der Bürger konnte nicht adeliche Güter erwerben und der Ritterbürtige nicht bürgerliche Nahrung treiben. Wichtig war dieſer Grundſatz im Staatsrecht: im Gegenſatz zum römiſchen allgemeinen Stimmrecht „beſchränkt das germaniſche Recht die Theilnahme an der Berathung öffentlicher Angelegenheiten auf das Maß der politiſchen Befähigung.“ „Daher konnten die Zünfte — eine Betheiligung am Stadtregiment, nicht aber einen Antheil am Landesregiment erringen, dem landſäſſigen Adel wol die Landſtandſchaft zugebilligt werden, nicht aber die Reichsſtandſchaft.“ — Dieſe Relativität der Rechtsfähigkeit erzeugt auch in einzelnen Fällen eigenthümliche, dem römiſchen Recht unbekannte Vorzugsrechte des Befähigteren: Vorzug des Mannsſtamms bei der Erbfolge in Immobilien, die Sätze über Heergeräthe, Gerade, das Retractsrecht der Bürger u. ſ. w.

Schließlich wird als ſelbſtverſtändlich angeführt, daß der Grundſatz nicht abſtract gefaßt und auf alle Rechte in gleicher Weiſe ohne Unterſchied angewendet werden dürfe. Wer unfähig ſei, das zu leiſten, was von ihm nach ſeinem Stand und ſeinen Verhältniſſen gefordert werden dürfe, werde nicht jedes Vermögensrechts unfähig, ſondern nur derjenigen „Rechte, bei denen der Character des Amts in höherm Grade hervortritt und bei deren rechter Verwaltung die Geſammtheit intereſſirt iſt; dazu gehören namentlich alle politiſchen Rechte im weiteſten Umfange des Worts, das Recht, ein öffentliches Gewerbe zu treiben und — das Recht des Grundbeſitzes. Er iſt nicht rechtslos im römiſchen Sinn, ſondern nur unvollkommen rechtsfähig.“

Die Rechtsfähigkeit fällt insofern mit dem Begriff der Persönlichkeit zusammen, als dieselbe in der Fähigkeit, überhaupt Rechtssubject zu sein, besteht, nicht aber insofern darunter die Fähigkeit, Subject aller Rechte zu sein, absolute Rechtsfähigkeit, begriffen wird. Dieß gilt sowol für das römische, als für das deutsche Recht.

Volle Rechtsfähigkeit hatte in Rom keineswegs jede Person, sondern nur der civis Romanus ingenuus sui juris non infamis. Jedes dieser Requisite enthält aber von selbst die Anerkennung einer Reihe von Minderungen dieser absoluten Rechtsfähigkeit. Von dem civis Romanus ingenuus bis ausschließlich zum peregrinus und dedititius gibt es eine Menge verschiedener Abstufungen der Grade rechtlicher Anerkennung von Nichtrömern und diesen entsprechende Grade der Libertinität. Wenn der Verf. (S. 138) freilich lediglich den römischen Bürger im Auge hat, so fallen damit diese Abstufungen, und nur die verminderte Rechtsfähigkeit der liberti cives Romani bleibt. Diese Beschränkung ist aber ungerechtfertigt, denn auch der Nichtbürger hatte eine persona. Wie wenig die vom Verf. als der germanischen Rechtsauffassung angehörend angegebenen Gründe der geminderten Rechtsfähigkeit, ihre Richtigkeit angenommen, specifisch germanische sind, wird deutlich, wenn man den Versuch macht, sie auf römische Verhältnisse anzuwenden, und die geminderte Rechtsfähigkeit der Freigelassenen aus ihnen zu erklären. Bei dem Liberten, so könnte man sagen, bleibt, obgleich er freigelassen, doch noch immer die angeborne sclavische Gesinnung und diese pflanzt sich fort. Diejenige Gesinnung, welche bei einem frei gebornen Bürger vorausgesetzt werden darf [2]), ist bei einer derartigen Person nicht vorauszusetzen. Der Liberte hatte daher ursprünglich nicht das jus

2) Vergl. Schmidt S. 135. N. 4.

suffragii und erlangte es ſpäter nur in beſchränkter Weiſe; er war nicht fähig, in den Legionen zu dienen, ſondern nur auf der Flotte, wie Sclaven und Verbrecher; honores konnte er de jure nicht erlangen; auch war ſeine Verfügung mortis causa beſchränkt und er ſelbſt wurde immer in einem gewiſſen Abhängigkeitsverhältniß von ſeinem ehemaligen Herrn und deſſen Familie erhalten. Richterliches Urtheil kann durch restitutio natalium dieſe Präſumtion im Allgemeinen zerſtören und damit fallen auch die Beſchränkungen der Rechtsfähigkeit. Durch Arrogation kann ein ingenuus Zeugniß für die Ehrenhaftigkeit der Geſinnung des arrogirten Liberten ablegen, der dann auch, ſoweit der Wirkungskreis des Arrogirenden geht, die Rechte eines ingenuus erhält. Hatte aber durch Freilaſſung lediglich zur Latinität der ehemalige Herr den Mangel der zur Civität erforderlichen Geſinnungstüchtigkeit bei dem Freigelaſſenen in concreto conſtatirt, ſo war dieſem ſelbſt die Fähigkeit, eine römiſche Familie mit den rechtlichen Wirkungen zu gründen, genommen und er mußte durch beſondere, dem Staate geleiſtete Dienſte (nave, aedificio) und längere tadelloſe Aufführung die Erwerbung der nöthigen Geſinnungstüchtigkeit darthun, ehe er die Civität erlangte u. ſ. w. u. ſ. w. Der Verf. wird ſicherlich der Letzte ſein dürfen, der dieſe gewiß treue Anwendung der von ihm aufgeſtellten Grundſätze anficht.

Aber auch innerhalb des Kreiſes der vollfreien Bürger exiſtirt die abſolute Rechtsfähigkeit, wie ſie der Verf. darſtellt, nicht. Sehr geringes und ſehr hohes Alter, weibliches Geſchlecht, Subjection unter die Herrſchaft eines Andern modificiren dieſelbe weſentlich. Das ſittliche Betragen des Menſchen iſt ſo weſentlich berückſichtigt, daß nicht nur die Wirkungen der Unſittlichkeit nach einer Richtung genau rechtlich feſtgeſtellt ſind, ſondern auch, wo dieß nicht der Fall iſt, doch recht-

liche Berückſichtigung finden, ja ſogar ein beſonderes Organ vorhanden iſt, welches die Unſittlichkeit als ſolche mit rechtlichen Nachtheilen belegt. Wenn der Verf. betreffs dieſes Puncts von einer practiſchen Undurchführbarkeit des Princips auf dem Gebiete des Staatsrechts ſpricht, ſo iſt dieß eine der ſchon oben gerügten Willkürlichkeiten. Vergl. hierüber unten §. 17.

Bei den Germanen war in ganz ähnlicher Weiſe wie bei den Römern urſprünglich die Rechtsfähigkeit verſchieden nach den verſchiedenen Freiheitsgraden und nach der Nationalität. Hier wie dort influirt auf die Rechtsfähigkeit Alter, Geſchlecht, ſittliches Verhalten [3]). Eine beſondere Fähigkeit zum Gebrauch des Rechts wird aber eben ſo wenig im germaniſchen, als im römiſchen Recht erfordert. Derjenige, dem Hände oder Füße oder Augen fehlen, kann ſicherlich ſein Recht nicht in der Art gebrauchen, wie ein körperlich völlig Tüchtiger, er kann namentlich nicht das Schwert ziehen zur Vertheidigung der höhern Rechtsordnung und doch erwirbt er nach ausdrücklichen Erklärungen der Quellen Vermögen, ja ſogar Immobilien. Nur ausnahmsweiſe wird denjenigen, welche nicht nur eine anormale, ſondern eine anomale körperliche Geſtalt haben und deßwegen nicht als volle Menſchen gelten [4]) und denjenigen, welche durch eine unheilbare Krankheit von dem menſchlichen Verkehr ausgeſchloſſen ſind, die Fähigkeit der Erwerbung von Rechten beſchränkt [5]). Der Ausſchluß körperlich Unfähiger von der Lehnsfolge er-

3) Ueber die Rechtsminderung der Unehelichen ſ. u. §. 17.

4) Das römiſche Recht faßt durch Ausſchließung des **monstrum** oder **prodigium** den Begriff nur enger.

5) Nicht abgeſprochen. Das Rechtsbuch nach Diſtinctionen I, 5, dist. 10 l. 164. ſpricht dem Miſſelſüchtigen das von ihm Erarbeitete zu.

klärt sich einfach daraus, daß er die rechtlich mit dem Innehaben des Lehnguts verbundenen Dienste nicht oder nicht gehörig leisten kann [6]). Daher ist ein solcher auch nur relativ lehnunfähig [7]). — Wäre die persönliche Tüchtigkeit wirklich Requisit zur Erwerbung von Rechten gewesen, so hätte man dem kurz nach der Geburt gestorbenen Kind nicht Rechte einräumen können, denn hier ist ja zu der Zeit, in welcher die Frage nach dem Rechtserwerb erhoben wird, immer schon die Gewißheit vorhanden, daß das Kind nicht fähig war und nicht fähig werden konnte, die Rechte zu gebrauchen.

Scheinbar unterstützt wird die Ansicht des Verfs. durch die Beschränkung der Dispositionsfähigkeit des Altersschwachen oder auf dem Todbette Liegenden, aber freilich nur scheinbar, denn diese Beschränkung erklärt sich aus der rohen Auffassung des germanischen Rechts, welche factisches und rechtliches Innehaben, factische und rechtliche Dispositionsfähigkeit schwer von einander trennt [8]). Ueber die andern aus dem germanischen Erbrecht hergenommenen Beispiele: Vorzug des Mannsstamms bei der Erbfolge in Immobilien, Gerade und Heergewäte s. u. §. 36.

Was über die Waffenfähigkeit gesagt wird, kann erst bei §. 15 seine Würdigung erhalten. Hier nur so viel: Wenn Waffenfähigkeit „Bedingung" der Rechtsfähigkeit sein soll, so kann darunter nur die physische Fähigkeit, Waffen zu führen, verstanden werden. Alsdann müßte jeder kräftige und in Waffen geübte Mann rechtsfähig sein. Versteht man aber unter

---

Nur von der Erwerbung durch Erbgang ist er ausgeschlossen. Auch nach dem Sachsenspiegel behält der Missfelsüchtige das vor der Krankheit Ererbte.

6) Auch in Rom war der körperlich Untüchtige unfähig zum Militärdienste und insofern also nach der Ansicht des Verfs. nicht absolut rechtsfähig.

7) S. u. S. 95. Note 10.

8) S. u.

Waffenfähigkeit, wie das der Verf. thut, das jedem Freien an seinem Recht vollkommenen zustehende Recht, Waffen zu führen, so liegt ein Kreisschluß der einfachsten Art vor.

Wenn sich das von dem Verf. aufgestellte Princip nicht im älteren Recht findet, so fragt es sich, ob es dann, „als das Volk sich in verschiedene Berufsstände gliederte," wo es „eine reichere Entwickelung erhalten" haben soll, vorhanden ist. Es soll jetzt „die Fassung erhalten haben, daß Jeder die dem speciellen Lebensberufe, dem er sich widmen sollte und wollte, entsprechende Qualification besitzen müsse, um zur Ausübung desselben zugelassen zu werden" (S. 137). — Bleiben wir vorerst bei der eigentlichen Bedeutung der Worte Berufsstand und Lebensberuf stehen, wie sie auch hier zunächst dem Verf. vorzuschweben scheint.

Das in neuer Fassung aufgestellte Princip ist in seiner Allgemeinheit im germanischen Recht nie anerkannt worden und kann überall da, wo dem Individuum eine freie Selbstbestimmung irgendwie gelassen werden soll, nicht anerkannt werden, denn in seiner Unbeschränktheit führt es mit Nothwendigkeit zu dem andern Princip, welches gleichsam seine Kehrseite bildet, daß jeder denjenigen Beruf ergreifen müsse, zu welchem er qualificirt ist. An die Stelle dieses Princips ist folgender Satz zu stellen: das germanische Recht erkennt an, daß es im Interesse der Allgemeinheit ist, daß gewisse Berufe nur von denjenigen ausgeübt werden, welche eine besondere Qualification dazu besitzen, und stellt deßwegen besondere Requisite zur Erwerbung oder Ausübung gewisser Rechte auf. Ebenso wenig aber, als dieser Satz specifisch germanisch ist, beschränkt oder modificirt er die Rechtsfähigkeit im Geringsten. Er ist ein im öffentlichen Interesse (juris publici) aufgestellter allgemeiner Rechtssatz, welcher Niemanden eines Rechts oder der Möglichkeit der Erwerbung desselben beraubt. Daß ein

Einzelner wegen seiner geistigen oder körperlichen Eigenschaften nicht im Stand ist, die gestellten Bedingungen zu erfüllen, mindert die Rechtsfähigkeit desselben nicht, sondern hindert ihn nur, von seiner Rechtsfähigkeit Gebrauch zu machen [9]).

Auch in Rom forderte man in manchen Fällen derartige Qualificationen. Selbstverständlich ist, daß der körperlich Unfähige nicht Kriegsdienst leisten kann, ausdrücklich wird uns aber gesagt, daß für die Anführerstellen eine besondere Qualification erforderlich war — nur wer fünf, resp. zehn Feldzüge mitgemacht, konnte Tribun werden. Dasselbe war im höhern Staatsdienst der Fall: wer eine höhere Stelle ambirte, mußte vorher die niederen bekleidet haben; und im untern Staatsdienst — glaubt man, um den scribae beigeschrieben zu werden, habe es nicht einer besonderen Befähigung bedurft? Glaubt man ferner, der Kaiser habe jedem Beliebigen das jus respondendi ertheilt, und es liege nicht vielmehr in dieser ausdrücklichen Verleihung die Voraussetzung der Fähigkeit des Juristen?

Es läßt sich nicht läugnen, daß uns nur eine verhältnißmäßig geringe Anzahl von Fällen berichtet wird, in welchen in Rom die Nachweisung der Fähigkeit zu einem Berufe

9) Daß derjenige, der nicht fähig, ein Meisterstück zu machen, sich nicht als Handwerker etabliren, derjenige, der ein Staatsexamen nicht bestehen, nicht Staatsdienste nehmen, der nicht hinreichend Große oder körperlich Kräftige nicht ins Militär, der nicht besonders Große und Kräftige nicht in das Elitencorps eintreten kann, macht alle diese Personen nicht weniger rechtsfähig, als diejenigen, welche diesen Voraussetzungen entsprechen können. Man würde mit demselben Recht da, wo das Recht holographe Testamente kennt, den des Schreibens Unerfahrenen für minder rechtsfähig halten, weil er kein Testament ohne Zeugen machen kann, oder den Stummen und Tauben, weil er nicht stipuliren kann, oder den Lahmen, weil er nicht auf dem öffentlichen Weg gehen kann.

als Requisit der Ausübung derselben aufgestellt war, aber auch in Deutschland waren der Fälle bei weitem nicht so viele, als der Verf. annimmt, und es gehören für das mittelalterliche Recht wol nur die Sätze hierher, welche über die Betreibung bürgerlicher Gewerbe aufgestellt waren [10]). Ob der Staat oder die engere staatliche Verbindung selbst die Requisite der Zulassung zur Betreibung von Gewerben formulirt, oder deren Aufstellung der aus den Gewerbtreibenden selbst gebildeten Genossenschaft überläßt, ist gleichgültig, denn in dem letztern Fall hat der Staat den allgemeinen Satz aufgestellt, daß nur der das Gewerbe selbstständig treiben dürfe, welcher in die Genossenschaft aufgenommen ist und dadurch implicite die von der Genossenschaft als Requisite der Aufnahme aufgestellten Bedingungen anerkannt. Freilich aber kann auch nur da von einem rechtlichen Requisit gesprochen werden, wo dieser allgemeine Satz aufgestellt ist. Da, wo zwar genossenschaftliche Verbindungen von Berufsgenossen bestehen, einem außerhalb derselben Stehenden aber die Ausübung desselben Berufs nicht untersagt ist, sind die von der Genossenschaft aufgestellten Requisite der Aufnahme rechtlich gleichgültig. Solche rechtlich gleichgültige Genossenschaften sind die Verbindungen derjenigen, welche die s. g. freien Künste

10) Wenn im Lehnrecht von dem Vasallen gefordert wird, daß er Kriegsdienste müsse leisten können, so ist dieß, wie oben bemerkt, lediglich im Interesse des Lehnsherrn festgestellt: das Leisten der Dienste ist weniger ein Ausüben des Berufs eines Vasallen, als die Gegenleistung für Ueberlassung des Gutes, daher „sein Lehn verdienen." Eben so im Hofrecht: Nicht deßwegen, weil der Beruf des Erbbeständers ist, mit eigener Hand den Grund und Boden zu bebauen, muß derselbe dazu tüchtig und darf nicht zu alt sein, sondern weil es im Interesse des Grundherrn ist, daß sein Grund und Boden gehörig bebaut wird, insbesondere, daß er seine Einkünfte aus demselben ordentlich erhält.

betreiben, die wiſſenſchaftlichen Corporationen, die Genoſſenſchaft der Ritter, das cingulum militare, insbeſondere die einzelnen Ritterorden, die vielen Verbindungen zu religiöſen Zwecken. Da auch der außerhalb der Genoſſenſchaft Stehende die freien Künſte ausüben, ſich wiſſenſchaftlich bethätigen, das Schwert führen, gegen die Ungläubigen kämpfen, religiöſe Uebungen anſtellen durfte, ſo ſind die Bedingungen, an welche die betreffenden Genoſſenſchaften die Aufnahme knüpfen, nicht Requiſite zur Ausübung des Berufs. Die abſoluteſte Rechtsfähigkeit kann aber Niemanden berechtigen, zu verlangen, in einen von Andern gebildeten rechtlich gleichgültigen Verein aufgenommen zu werden. Nur dadurch, daß der Staat den Gliedern dieſer Vereine eine ausſchließliche Berechtigung gibt, iſt eine Verpflichtung derſelben zur Aufnahme Dritter gerechtfertigt.

Der Verf. beſchränkt ſich nicht nur darauf, ſein Princip auf die eigentlichen Berufsſtände anzuwenden, ſondern er will daſſelbe auch in der verſchiedenen Rechtsfähigkeit der einzelnen Geburtsſtände erkennen, die er freilich, wie ſchon früher bemerkt, zu nicht geringer Verwirrung der Begriffe ebenfalls als Berufsſtände auffaßt. Ja, die Geburtsſtände hatten eine verſchiedene Rechtsfähigkeit, aber nicht der Beruf war es, aus denen dieſe zu erklären iſt, ſondern die verſchiedene Rechtsfähigkeit iſt es ſelbſt, welche das Kriterium zur Unterſcheidung der Stände gibt. Adel, Bürgerthum, Bauernſtand waren nicht factiſche, ſondern rechtliche Begriffe. Der Beruf aber iſt etwas Factiſches, rechtlich Zufälliges. Der Beruf ſteht ſo wenig mit dem Geburtsſtand in einer nothwendigen Beziehung, daß er nicht einmal bei der Sonderung der Stände im Allgemeinen das bewegende Moment war. Nur der Bildung des Adelsſtandes lag die Gemeinſamkeit des Berufs zu Grund, nicht aber der der beiden andern Stände, ja innerhalb des Bürgerſtands war ſogar nie und am allerwenigſten zur Zeit

der Blüthe der Städte eine Gemeinſamkeit des Lebensberufes vorhanden. Der Bürgerſtand bildete ſich aus durch die localen Verhältniſſe einzelner Rechtskreiſe, das Beſchränktſein deſſelben auf einen engen Raum, das Umſchloſſenſein durch eine Mauer. Der Bauernſtand bildete ſich aus dem Reſiduum [11]) derjenigen Nichtſtädtebewohner, welche nicht ihre alte Unabhängigkeit zu behaupten oder ſich nicht aus der alten Abhängigkeit zu befreien vermochten und eben wegen dieſer rechtlichen Abhängigkeit Laſten zu tragen hatten. Welcher Art dieſe Laſten waren, blieb gleichgültig; das Tragen der Laſten iſt das rechtliche Moment im Bauernſtand.

Es kann hier nicht der Ort ſein, die Entwickelung der Stände genauer zu verfolgen, es genügt, die Anſicht des Verfs. zurückzuweiſen, als ſei ihre „Sonderung" unmittelbar und überall aus der Verſchiedenheit des Berufs hervorgegangen, als habe dieſe Verſchiedenheit in ihnen mit rechtlicher

11) Wenn man in der ſpätern Zeit gewöhnt wurde, den Adel und den Bauernſtand als die nach verſchiedenen Richtungen hin beſonders qualificirten Stände zu betrachten, dem Bürgerſtand aber alle dieſen Ständen nicht Angehörenden zuzuweiſen, ſo iſt dieß für das Mittelalter entſchieden irrig. Adel und Bürgerſtand ſind es vielmehr, die ſich als beſondere Stände ausbilden. Was nicht in einen dieſer Stände gelangen konnte, blieb in den alten Verhältniſſen. Derſelbe Grund aber, welcher die Einzelnen an dieſer Erhebung verhinderte, ließ die Mehrzahl derſelben, auch wenn ſie vorher unabhängig waren, den andern Ständen, namentlich dem Adel, dienſtpflichtig werden. Wo deßwegen die andern Stände, namentlich der Adel, ſich nicht ausbilden, da bildet ſich auch kein Bauernſtand, und auch da, wo der Adel ſich ausbildet, gehört der Einzelne, dem es gelingt, ſich in der alten Unabhängigkeit zu erhalten, nicht zum Bauernſtand im rechtlichen Sinn. Die Eintheilung in die drei Stände iſt auch keineswegs begrifflich eine umfaſſende, die nichtberechtigten Städtebewohner, und dieſer waren urſprünglich viele, ſtehen ebenfalls außerhalb dieſer Eintheilung.

Bedeutung beſtanden und als ſei aus dem Beruf der Inhalt der Rechtsfähigkeit abzuleiten. Nur noch ein Paar Worte über die Beiſpiele des Verfs. Wenn der Städtebürger nicht berechtigt war, adeliche Güter und Bauerhufen zu erwerben, ſo kann das nach dem Verf. nur darin ſeinen Grund haben, daß er ſich nicht auf Landwirthſchaft und die Kiegsdienſte, zu welchen der Beſitz des adelichen Gutes verpflichtete, verſtand. Wenn nun aber ein junger Städtebürger mit allem Fleiß die Landwirthſchaft erlernt und übt, wenn der Patricierſohn in den Fehden ſeiner Stadt in ritterlicher Rüſtung kämpfen gelernt hat — warum blieben ſie dann immer noch unfähig? Wenn der Ritterbürtige ein Gewerb erlernt, warum kann er doch nicht bürgerliche Nahrung treiben, warum kann er nicht der Ehren eines Patriciers theilhaftig werden, mit dem er doch gleichen Beruf übt? Warum aber ferner iſt der Bauer ſo häufig von der Erwerbung eines Bauerguts in einem andern Territorium ausgeſchloſſen, der Bürger einer andern Stadt nicht zum Betreiben von bürgerlichen Geſchäften zugelaſſen [12])? Hier iſt doch ein völlig gleicher Beruf vorhanden? [13]). Der Verf. kann dieſe Fragen nicht beantworten. Die Beantwortung liegt darin, daß ſich in Deutſchland verſchiedene Rechtskreiſe gebildet haben, deren Bildung keineswegs auf ein und daſſelbe Princip zurückgeführt werden kann und daß ſich innerhalb derſelben überall eine verſchiedene Rechtsfähigkeit ausgebildet hat, reſp. daß die Rechtsfähigkeit des Ein-

12) Mitunter war und iſt der Auswärtige unfähig, Grundbeſitz zu erwerben. Der von dem Verf. S. 140 angeführte Retract enthält nur das minus dieſes Satzes. Auch gegen den fremden Stadtbürger findet er ſtatt, und ſelbſt dann, wenn er Bürger der Stadt, in welcher er ſich ankauft, werden zu wollen erklärt.

13) Wie mag der Verf. wol die rechtliche Verſchiedenheit innerhalb des Adels erklären, warum hatte der alte Adel größere Rechte, als der neue?

zelnen dadurch, daß er einem ſolchen Rechtskreis angehörte, innerhalb deſſelben vermehrt wurde. Das letzte Beiſpiel von der auf politiſcher Befähigung beruhenden öffentlich rechtlichen Competenz der Zünfte und des landſäſſigen Adels iſt oben (S. 88) wörtlich angeführt. Jede Bemerkung dazu iſt überflüſſig.

Dieſe Bildung verſchiedener Rechtskreiſe iſt aber keineswegs etwas ſpecifiſch Germaniſches, wol jedes Volk kennt dieſelbe in irgend einer Stufe ſeiner Entwickelung. Auch das alte Rom kannte ſie. Rom war aber ſo glücklich, ſie zu überwinden und damit hatte es die Möglichkeit erlangt, ſein Recht in ſo glänzender Weiſe auszubilden. Die gentes will ich hier wegen der geringen Kenntniß, die wir von ihnen haben, auf ſich beruhen laſſen, ebenſo die verſchiedenen rein nationellen Rechtskreiſe der älteſten Zeit, aber die Patricier und Plebejer dürften doch wol zu berückſichtigen ſein. Die Naivität, mit welcher der Verf. alles mit ſeinen Principien nicht zu Vereinigende bei Seite ſchiebt, tritt hier eclatant hervor. „Das Vorhandenſein dieſer Stände mit verſchiedenen Rechten iſt eine auf beſonderen hiſtoriſchen Gründen beruhende Anomalie.“ „Daher verſchwand dann dieſer auf keiner innern Nothwendigkeit beruhende Unterſchied bei der Entwickelung des römiſchen Lebens auch in demſelben Maße, in welchem die äußeren Verhältniſſe der Plebs geſtatteten, auf ſeine Beſeitigung zu dringen“ (S. 138). Soll dieſe hiſtoriſche Thatſache des Siegs der Plebejer etwa gar als Argument für das Unberechtigtſein des Unterſchieds dienen? — dann iſt die franzöſiſche Revolution, in welcher die äußern Verhältniſſe dem Volk geſtatteten, die Standesunterſchiede zu beſeitigen, ein Argument von gleicher Stärke. Doch ich will keine vielleicht irrige Unterſtellungen machen und annehmen, der Verf. habe die Begründung ſeines Satzes auf die Behandlung des öffentlichen

Rechts verspart. Wie aber, frage ich, ist es möglich, daß die gesammte Verfassung eines Volks von seiner Entstehung an Jahrhunderte durch auf einer Anomalie beruhen konnte? Nach der Veränderung der Verfassung mochte der Masse des römischen Volks, früher schon mochte der Plebs, zu allen Zeiten mag dem Philosophen, der die Rechtsgleichheit der Staatsbürger als Axiom aufstellt, die altrömische Verfassung als anomal erscheinen, denn für diese ist der Zustand, in dem sie leben, der Zustand, den sie erstreben, der Zustand, den sie a priori für wahr erkannt, der dem νόμος gemäße, aber ist dieß ein Beweis für das wirkliche Vorhandensein der Anomalie? Sieht nicht die Democratie heut zu Tage, sahen nicht die aufständischen Bauern in der Rechtsverschiedenheit der Stände eine Anomalie, beschränkt der a priori construirende Philosoph das Princip der Rechtsgleichheit auf die Römer? Nach der Darstellung des Verfs. sollte man glauben, die beiden Stände hätten von Anfang an nichts eifriger gewünscht, als die von ihnen für sittlich nothwendig erkannte Rechtsgleichheit realisiren zu können und nur die äußern Umstände hätten es ihnen nicht gestattet [14]).

Rom hat sich, wie schon oben bemerkt, im Innern in ähnlicher Weise wie die deutschen Städte entwickelt. Mag man die Stellung der Patricier und Plebejer zu einander erklären, wie man will, die Aehnlichkeit in Betreff der Rechtsfähigkeit und deren Ausbildung mit den verschiedenen Classen der deutschen Städtebewohner bleibt immer vorhanden. Hier

14) „Wenn es in Rom verschiedene Stände mit verschiedenen politischen Rechten gab, so muß dieß eben so wie das Königthum als eine auf besonderen historischen Gründen beruhende Anomalie und als das Resultat der damaligen äußeren Lage Roms betrachtet werden, welche den Römern nicht gestattete, die Consequenzen ihres Freiheitsbegriffs auf dem Gebiet des öffentlichen Lebens zu entwickeln" (S. 138).

wie dort führten gleiche Urſachen unter Anwendung gleicher Mittel zu gleichem Reſultat — Rechtsgleichheit der Stadtbewohner. Eine Rechtsgleichheit der Reichsangehörigen war aber damit keineswegs gegeben, vielmehr ſtanden dem vollberechtigten Stadtbürger die minder berechtigten Glieder der unterworfenen Völker gegenüber [15]). Erſt mit der Ausdehnung des Stadtbürgerrechts auf alle Reichsangehörigen war eine allgemeine Rechtsgleichheit vorhanden.

Es iſt oben (§. 8) ausgeführt worden, wie durch den Umſtand, daß im römiſchen Reich die Macht von der Stadt ausging, die Staatsidee vom Anfang an volle Realiſirung erhalten und eine Vielheit der Rechtsbildung nicht aufkommen konnte. Damit war aber auch das in Deutſchland lediglich durch das Nichthervortreten der Staatsidee möglich gemachte und aus der Vielheit der Rechtsbildung reſultirende Zerfallen in Stände (ebenſo wie in Localrechtskreiſe) für Rom unmöglich gemacht. Dem Einen Rechtskreis entſprach die Eine Rechtsfähigkeit. Erſt in der ſpätern Kaiſerzeit trat in Betreff barbariſcher Völkerſtämme, die in dem Reiche angeſiedelt wurden, ein ähnliches Verhältniß ein, wie in den frühern Zeiten der Republik; es wurde eine von der des römiſchen Bürgers verſchiedene Rechtsfähigkeit anerkannt. Früher ſchon hatten die Umſtände es geboten, einzelnen Claſſen von Perſonen ihre Rechtsfähigkeit zu erweitern oder zu beſchränken, und durch häufige derartige Operationen war im Reiche allmälig factiſch eine Rechtsungleichheit entſtanden, wie ſie nur irgend wann im germaniſchen Mittelalter beſtand, aber die Einheit des Rechtskreiſes blieb und die Einheit der Rechtsbildung wurde nicht zerriſſen. Dieſe Minderungen und Mehrungen erſchienen als Ausnahme vom Princip, als Privilegien [16]). Daß aber dieſe

15) S. oben S. 56.

16) Auch auf dieſe Privilegien läßt ſich das von dem Verf. dem

Auffaſſung möglich war, darin zeigt ſich der hohe Werth einer fortdauernden wiſſenſchaftlichen Pflege des Rechts. Noch die letzten uns unmittelbar intereſſirenden wiſſenſchaftlichen Bearbeitungen des Rechts, die juſtinianiſchen Rechtsbücher und Geſetzſammlungen ſind von der Art, daß man lediglich einzelne Privilegien zu ignoriren braucht, um nur allgemein gültige Sätze vor Augen zu haben[17]). Dieß aber ermöglichte und erleichterte gerade die Aufnahme des römiſchen Rechts.

§. 12.

Einfluß des Rechtsbegriffs auf die Grundſätze über Rechtsverluſt und Rechtsminderung.

Nach römiſcher Anſchauung wurde nach dem Verf. das Recht nur verloren durch den Willen des Berechtigten und durch vis major. Die Art und Weiſe des Gebrauchs hat auf den Beſtand des Rechts keinen Einfluß und namentlich hat Mißbrauch des Rechts keinen Rechtsverluſt zur Folge.

---

germaniſchen Recht zugeſchriebene Princip mit Leichtigkeit anwenden. Den Staatsbeamten und Soldaten war die Ausübung bürgerlicher Gewerbe entzogen, weil ihr Betrieb außerhalb ihres Berufs lag; ganzen Claſſen von Handwerkern war jede andere Beſchäftigung unterſagt, weil dieſelbe ſie ihrem Berufe entfremdet hätte; dem Sohn des Veteranen war das Waffenhandwerk Beruf, der Colon durfte nicht von der Scholle weichen, weil deren Bebauung und nichts Anderes ſein Beruf war. Die Beſchränkung der Senatoren hinſichtlich der Perſonen, mit welchen ſie eine Ehe eingehen konnten, und alle die unzähligen vortheilhaften und nachtheiligen Privilegien der Decurionen, der Poſſeſſoren, der Auguſtalen laſſen eine ähnliche Erklärung zu.

17) Die juſtinianiſchen Rechtsſammlungen erleichtern dieß noch dadurch, daß ſie keineswegs alle die vorhandenen Sonderrechte enthalten, in ihnen vielmehr ein Streben nach dem Allgemeinen vorhanden iſt. Wie dürftig ſind die Quellen z. B. in Betreff des Colonats und der verſchiedenen Corporationen, deren Exiſtenz ſelbſt uns vielfach nur aus Inſchriften bekannt geworden iſt.

Nach der germaniſchen Anſicht dagegen muß das Recht aufhören, wenn der höhere ſittliche Zweck deſſelben aufhört oder wenigſtens durch den Berechtigten nicht weiter erfüllt werden kann oder erfüllt wird.

Das Aufhören des Rechts bei Aufhören des ſittlichen Zwecks wird nicht weiter ausgeführt, ſondern nur ein Beiſpiel dafür angeführt, die väterliche Gewalt, welche im Gegenſatz zum römiſchen Recht nicht erſt mit dem Tode des Vaters, ſondern ſchon bei deſſen Lebzeiten mit dem Aufhören ihres Zwecks ihre Endſchaft erreicht.

Die Unterſuchung über den Zweck eines Rechtsſatzes oder Inſtituts iſt immer ſehr bedenklich, wenn man ſich dabei nicht lediglich an die poſitiven Vorausſetzungen des Rechtsſatzes oder Inſtituts hält. Es iſt daher einfacher und ſicherer, nur dieſe Vorausſetzungen in's Auge zu faſſen und den aufgeſtellten Satz ſo zu formuliren: Jedes Recht hört auf, wenn ſeine Vorausſetzungen aufhören. So gefaßt muß aber der Satz unzweifelhaft in jedem Recht gelten, und namentlich gilt er auch im römiſchen Recht. Hört die Vorausſetzung der phyſiſchen oder rechtlichen Exiſtenz der unterworfenen Sache auf, ſo muß das dingliche Recht aufhören, erliſcht die principale Forderung, ſo hört das Pfandrecht auf. Mit der Impubertät hört die Tutel auf im römiſchen wie im altgermaniſchen Recht. Die Würdigung des angeführten Beiſpiels ſiehe unten §. 21.

Der zweite Satz iſt, daß nach germaniſcher Anſchauung das Recht aufhört, wenn der höhere ſittliche Zweck nicht mehr durch den Berechtigten erfüllt wird. Der Verf. hätte ſich, um dieſen Satz durchzuführen, lediglich auf Anführung von Fällen beſchränken müſſen, in welchen einfach nicht gehandelt wird oder doch in geringerem Umfang, als zur Erreichung des ſittlichen Zwecks nothwendig war. Hierfür bringt er jedoch nur

drei Belege: die Verjährung von Jahr und Tag, den Verluſt des Rechts auf die Grube durch nicht gehöriges Bebauen und die Pflicht zur Abtretung eines nicht vom Beſitzer ſelbſt benutzten ſtädtiſchen Hausplatzes. Dieſe Sätze beruhen aber nicht nur auf ganz andern Rückſichten, ſondern es können ihnen auch entſprechende römiſche Rechtsſätze entgegengeſtellt werden: die römiſche Klagverjährung, der Verluſt der servitus durch non usus und die Rechtsſätze über den ager desertus. Der Verf. beſchränkt ſich aber nicht hierauf, ſondern bringt auch noch eine Reihe von Fällen bei, in welchen ein Recht durch Mißbrauch verloren wird und geht dadurch weit über ſein Beweisthema hinaus. Mißbrauch eines Rechts iſt nicht Nichtgebrauch deſſelben und alſo, um mit dem Verf. zu ſprechen, nicht Nichterfüllung des höheren ſittlichen Zwecks, ſondern Mißbrauch iſt ein widerrechtliches Handeln, deſſen factiſche Vorausſetzung (z. B. alſo das rechtliche Innehaben einer Sache) ein rechtliches Verhältniß iſt. Neben dem negativen Moment, dem Nichterfüllen des höheren ſittlichen Zwecks, iſt noch das poſitive Moment des Begehens widerrechtlicher Handlungen im Mißbrauch enthalten, und dieſes letztere Moment iſt es auch gerade, welches die rechtlichen Nachtheile des Mißbrauchs herbeiführt. Daß dieſe Nachtheile aber im Verluſt des Rechts ſelbſt beſtehen, iſt entweder aus Utilitätsrückſichten feſtgeſetzt, um die Wiederholung von dergleichen Handlungen durch die Entfernung ihrer Vorausſetzung unmöglich zu machen, oder um dem Verletzten dadurch eine Entſchädigung zu gewähren, oder weil durch die Begehung der widerrechtlichen Handlungen den Handelnden ſelbſt ein ſolcher Makel trifft, durch welchen die nothwendige Vorausſetzung ſeines Rechts aufgehoben wird. Die erſte und beſonders die zweite Rückſicht wird namentlich dann ſtattfinden, wenn der ein jus in re aliena Habende mit der Sache widerrechtliche

Handlungen vornimmt. Hierher gehört der Fall des Verluſtes des Lehnguts durch Deterioration deſſelben, der Abmeierung und der eclatante, vom Verf. nicht erwähnte Fall des Verluſtes der Leibzucht nach Sachſenſp. I, 21 §. 2. Das römiſche Recht wahrte hier das Intereſſe des Eigenthümers durch Beſtellung von Cautionen. Daß nach deutſchem Recht der Eigenthümer eines Grundſtücks daſſelbe wegen Mißbrauchs verliert, findet ſich nirgends anerkannt, wenn man nicht etwa den Satz hierher ziehen will, daß bei widerrechtlicher Veräußerung ohne Conſens der Erben dieſe das Gut vindiciren und behalten; dieſem ließe ſich die römiſche Prodigalitätserklärung gegenüberſtellen. Aus der dritten Rückſicht ſtammt der Satz von dem Ausſtoßen aus der Zunft wegen betrügeriſchen Gewerbsbetriebes und der Verluſt des Lehns wegen Felonie im Allgemeinen und Quaſiſelonie. Als Verwirken des Rechts wegen Mißbrauchs laſſen ſich die Sätze nicht auffaſſen, da der Verluſt des Rechts in gleicher Weiſe auch in Folge beliebiger anderer mit dieſen Rechtsverhältniſſen nicht in Zuſammenhang ſtehender Handlungen eintritt. Dieſelbe Rückſicht findet ſich aber auch im römiſchen Recht wirkſam in einigen Indignitätsfällen. Die andern Fälle, welche der Verf. anführt, enthalten gar nicht einmal einen Mißbrauch, ſondern nur ein ſelbſtſtändiges, mit einer beſondern Strafe belaſtetes Verbrechen. Nicht der Mißbrauch des Rechts am Jagdgewehr iſt es, welcher den Verluſt deſſelben herbeiführt, ſondern der Wildfrevel. (Von einem Mißbrauch des Rechts könnte ſchon darum nicht geſprochen werden, weil der Mißbrauch, dieſen angenommen, lediglich ein Mißbrauch der Sache, ohne Bezug auf das Recht an ihr wäre.) In Bezug auf die Beſtrafung des Meineids durch Abhauen der rechten Hand oder der drei Finger derſelben wird der Verf. doch wol kaum im Ernſt behaupten wollen, daß man ein Recht an ſeiner eignen

Hand habe und wegen Mißbrauchs deſſelben durch Leiſtung des Meineids dieß Recht verwirke. Strafen, die in dem Verluſt eines Rechts beſtehen, mit Bezug auf welches eine rechtswidrige Handlung vorgenommen worden iſt, kennt aber das römiſche Recht verſchiedene (decretum D. Marci, Verluſt der an einen potentior cedirten Forderung u. ſ. w.). Durch Mißbrauch geht das auf kaiſerlichen Privilegien beruhende Recht verloren.

Die dritte Behauptung des Verfs. geht dahin, daß das Recht aufhöre, wenn der Berechtigte zum rechten Gebrauche deſſelben unfähig ſei. Schlagend iſt dieſer Satz, namentlich nach der Auffaſſungsweiſe des Verfs., widerlegt in dem Rechtsſatz, daß der Vaſall durch das Erleiden eines körperlichen Mangels, der, wenn er früher vorhanden geweſen, ihm die Erwerbung des Lehns unmöglich gemacht haben würde, doch das ſchon erworbene Lehn nicht verliert[1]). Aber hier hilft ſich der Verf. mit einer feinen Diſtinction. Einmal unterſcheidet er zwiſchen moraliſcher und phyſiſcher Unfähigkeit und dann innerhalb letzterer zwiſchen Unfähigkeit durch Krankheit und Unglücksfälle und Unfähigkeit durch jugendliches und Greiſenalter. „Krankheit und Unglücksfälle ſind Schickungen Gottes; der durch ſie Betroffene wird gewiſſermaßen von Gott ſelbſt ſeiner Pflichten entbunden und daher“ der angeführte Rechtsſatz. „Anders aber im letzten Fall. Wer zu jung iſt, die auf dem Rechte ruhenden Verpflichtungen zu erfüllen, der hat wol Anſpruch darauf, daß ihm die Rechte bis zum Zeitpunkt conſervirt werden, wo er zu deren Verwaltung fähig wird, und daß er einſtweilen aus den Aufkäufen ernährt und erzogen wird; allein er kann nicht beanſpruchen, daß ein Anderer für ihn die Pflichten erfüllt und er den Nutzen davon

1) Sachſenſp. I, 4.

zieht." Daher Interimswirthſchaft und tutela fructuaria. „Ebenſo muß derjenige, der zu alt dazu iſt, ſich ſittlich verpflichtet fühlen, mit der Laſt auch die Luſt an ſeinen Nachfolger abzutreten und ſich mit einem angemeſſenen Unterhalt zu begnügen." „Auf dieſen Gedanken beruht das Inſtitut der Leibzucht."

Aus der Begründung des Verfs. ſelbſt ergibt ſich hier die Frage: Wenn Krankheit und Unglücksfälle eine Schickung Gottes ſind, was iſt denn das Alter? Wenn der vielleicht durch eigne Schuld Beſchädigte von Gott ſeiner Pflichten entbunden wird, aber ſeine Rechte behält, warum nicht auch der in Ehren und Verdienſten alt Gewordene? Wenn dieſer ſich ſittlich verpflichtet fühlen muß, mit der Laſt die Luſt abzutreten, warum jener nicht auch? Nach der Argumentation des Verfs. ſind ferner die Pflichten das Primäre, die Rechte das Secundäre — dadurch alſo, daß Gott von den Pflichten entbindet, hören die Rechte zu gleicher Zeit auf. — Aber verlaſſen wir die Argumentationsweiſe des Verfs. und fragen wir, ob denn die aufgeführten Beiſpiele irgend etwas für den an die Spitze geſtellten Satz beweiſen. Die tutela fructuaria wird unten ihre Beſprechung finden [2]). Die Inſtitute der Interimswirthſchaft und Gutsabtretung laſſen nur erkennen, daß die Beſonderheit der bäuerlichen Verhältniſſe es wünſchenswerth erſcheinen laſſen, daß ein kräftiger, im eigenen Intereſſe handelnder Mann an der Spitze der Verwaltung des Guts ſteht, und daß dieſe Rückſicht in manchen Gegenden ſo ſtark hervorgetreten iſt, daß ſie zur Ausbildung einer Reihe von Rechtsſätzen geführt hat, welche die durch die Interimswirthſchaft und die Gutsabtretung hervorgebrachten Verhältniſſe regeln. Von einer Verpflichtung zur Gutsab-

2) §. 21.

tretung, um welche es ſich hier allein nur handeln würde, kann aber nirgends die Rede ſein, als wo Abhängigkeitsverhältniſſe oder jura in re aliena vorhanden ſind. In andern als den bäuerlichen Kreiſen iſt die Pflicht zur Abtretung nie vorhanden, ja das Inſtitut in anderer Richtung ſogar gar nicht ausgebildet. Der Verf. gibt das auch zu, erklärt es aber in folgender Weiſe: Die ſittliche Verpflichtung zur Abtretung beſtehe zwar auch in andern „Berufsſtänden," allein es widerſpreche der ſchuldigen Pietät, wenn der Sohn oder Erbe den Vater oder Verwandten zur Abtretung drängen wollte, „und dieſe Rückſicht, welche beim Gutsherrn natürlich wegfalle, ſtehe hier der Erhebung jener ſittlichen Pflicht zur Rechtspflicht entgegen." Der Verf. iſt hier ſelbſt gezwungen geweſen, den wahren Grund der Pflicht anzuerkennen: das Intereſſe des Gutsherrn.

Auch die bekannten Kraftproben führt der Verf. hier an. In Betreff derſelben müßte man freilich hier ſo argumentiren: Der Eigenthümer fahrender Habe kann über dieſelbe nur dann zum Nachtheil ſeiner Erben disponiren, alſo nach dem Verf. eine unſittliche Handlung vornehmen, wenn er beweiſt, daß er im Stande iſt, ſein Recht dem höheren ſittlichen Zweck gemäß zu gebrauchen. Was über den Fruchterwerb geſagt iſt[3]), kann gar nicht hierher gezogen werden.

§. 13.

Sonſtiger Einfluß des Rechtsbegriffs auf die Geſtalt des Rechtsſyſtems.

Unter dieſer unbeſtimmten Ueberſchrift gibt der Paragraph eine Ausführung über das Verhältniß der Rechte und der Pflichten. Nach der römiſchen Anſicht ſeien die Einzelrechte,

3) Schmidt, S. 145 Note 5.

weil durch die phyſiſche Herrſchaft entſtanden, früher vorhanden, als die zu ihrer Sicherung und Realiſirung hinzugekommene, im Staate geltende Rechtsordnung. Außerhalb des Staats ſeien nun aber die Menſchen *abſolut pflichtlos*. Sie könnten allein Rechte erwerben, dieſen entſprächen zwar Pflichten, letztere ſeien aber keine ſelbſtſtändigen Begriffe, ſondern Producte und natürliche Conſequenzen der Rechte und lägen nicht in der Perſon des Verpflichteten, ſondern in dem Willen und der Kraft des Berechtigten, das ganze Rechtsſyſtem ſei daher nur ein *Syſtem der durch ihre Coexiſtenz ſich gegenſeitig beſchränkenden Einzelrechte*. Hieraus werden folgende Sätze abgeleitet:

1) Jedes Rechtsverhältniß fällt für die Betrachtung der Römer lediglich unter den Geſichtspunct eines einem beſtimmten Rechtsſubject zuſtehenden Rechts.

2) Den Römern ſind nur diejenigen Rechtsverhältniſſe conſtruirbar, welche unter den Geſichtspunct eines aus dem Willen des Berechtigten originirenden Rechts gebracht werden.

3) Unconſtruirbar ſind ihnen ferner alle Rechtsverhältniſſe, bei denen mit dem Recht eine Pflicht verbunden iſt und dieſe als auf jenem ruhend angeſehen werden müßte.

4) Alle auf einen ſittlichen Zweck gerichteten Verhältniſſe und Verträge ſind von dem Gebiete des Rechts ausgeſchieden. „Um den Character eines Rechts anzunehmen, muß der Wille des Einzelnen auf einen *vermögensrechtlichen* Gegenſtand gerichtet ſein, oder eine vermögensrechtliche Schätzung — eine pecuniaria condemnatio — zulaſſen.“

Nach der germaniſchen Anſicht ſei im Gegentheil die Rechtsordnung das Primäre, die Einzelrechte entſprängen erſt aus ihr und ſeien das zu ihrer Realiſirung dienende Mittel. Aus der Rechtsordnung entſprängen aber auch, und zwar zunächſt, Pflichten und durch die Einzelrechte ſolle nur die freie

Erfüllung jener Pflichten geſichert werden. Dadurch werde ein wirkliches Familienrecht und die ungezwungene Entwickelung des Erbrechts, die perſönlich-dinglichen Rechtsverhältniſſe und auf Realiſirung ſittlicher Zwecke gerichteten Verträge — überhaupt im Gebiete des öffentlichen und Privatrechts eine ſittliche Organiſation der Geſammtheit möglich gemacht.

Der Satz, von dem ausgegangen wird, iſt irrig in ſeiner Allgemeinheit. Das römiſche Recht kennt allerdings ſelbſtſtändige Rechtspflichten in dem Sinne des Verfs., die entweder überhaupt nicht einem Recht oder doch nicht einem durch den Willen des Berechtigten entſtehenden Recht entſprechen. Daß die Erfüllung derſelben nicht immer durch Klage erzwungen werden kann, iſt hierbei gleichgültig; das Geben der Klage iſt ja nur eine Art der Manifeſtation der rechtlichen Anerkennung, wenn auch die wirkſamſte. Das römiſche Recht hilft hier in manchen Fällen indirect durch Rückforderung, Uebertragung des Rechts auf einen Andern, Verpflichtung zur Cautionsbeſtellung. Fälle derartiger Pflichten ſind: die Pflicht zur Uebernahme eines Staatsamts und einer Vormundſchaft, Kriegsdienſtpflicht, Alimentationspflicht der Aeltern und der Kinder und des Herrn des Sclaven, die unter dem Präjudiz der Indignität dem Erben oder Legatar aufgelegte Verpflichtung zur ultio necis, zur Verpflegung des geiſteskranken Erblaſſers u. ſ. w., die Pflicht zur Dankbarkeit gegen den Schenker, zur Erfüllung des Modus, zur Conſtituirung (nicht bloß zur Duldung) eines Wegs zum Grab, zur Leiſtung der cautio damni infecti, zur Aufnahme der aqua profluens, die obligationes ex delicto und namentlich die qualificirte Vertretungspflicht der ſchädlichen Handlungen der Sclaven und Thiere, die Pflichten aus dem Miteigenthum u. ſ. w. u. ſ. w. Die Unmöglichkeit, ein facere zum Inhalt einer dinglichen

Verpflichtung zu machen, iſt allerdings anzuerkennen, aber ſie beweiſt nichts für den von dem Verf. aufgeſtellten Satz [1]). Man könnte dieß damit begründen wollen, daß eine derartige Verbindung ſich bei einer ſtrengen Faſſung des Eigenthumsbegriffs überhaupt gar nicht denken laſſe; dieß wäre aber eine petitio principii. Geſetzt aber auch, dieſe Möglichkeit wäre vorhanden, ſo iſt damit doch nicht anerkannt, daß die ſ. g. dingliche Verbindung einer Pflicht mit dem Eigenthum, wie ſie bei den deutſchen Reallaſten behauptet wird, und zur Zeit der Geltung des rohen Begriffs der Gewere mit dieſer vorkam [2]), die allein mögliche ſei, und in der That findet ſich eine andere Art der Verbindung in dem römiſchen Recht wirklich vor. Sie iſt anerkannt in der ſo fein ausgebildeten Lehre von der causa und den Condictionen, beſonders der condictio ob causam datorum. Die Realiſirung der die Eigenthumsübertragung hervorrufenden reſp. dieſelbe begleitenden Abſicht — der causa — bedingt den rechtlichen Fortbeſtand des Eigenthums in der Art, daß daſſelbe bei Nichterfüllung auf Verlangen zurückgegeben werden muß, und zwar einerlei, ob die Erfüllung dieſer Abſicht den Vortheil des zurückfordernden Tradenten bezweckt hätte oder nicht. Vor der actio praescriptis verbis oder, wenn man deren ſpätere Einführung nicht gelten laſſen will, abgeſehen von ihr (ein ſolches Abſehen iſt jedenfalls dann zu rechtfertigen, wo dieſelbe wegen mangelnden Intereſſes nicht ſtattfand) erkennt das römiſche Recht alſo bei einer traditio ob causam Pflichten an, welche einem Recht des Auflegenden keineswegs immer direct entſprechen und als ſelbſtſtändige, aus dem Innehaben der tradirten Sache hervorgehende angeſehen werden müſſen.

1) Ueber den ſittlichen Grund, aus welchem das römiſche Recht derartige dauernde Obligationen nicht begünſtigt, ſ. §. 28.

2) Vergl. §. 28.

Wenn nun aber ſomit die Anerkennung ſ. g. ſelbſtſtändiger Pflichten im römiſchen Recht und damit das Princip, auf welches der ganze Paragraph gebaut iſt, widerlegt, namentlich aber die unter Nr. 3 gegebene Ausführung als nichts beweiſend dargethan iſt, ſo fallen die übrigen Behauptungen des Verfs. unter 1., 2. und 4. als irrig oder als unerheblich, weil nicht hierher gehörig [3]), von ſelbſt weg. Daraus aber folgt noch keineswegs, daß die als germaniſch aufgeſtellte Anſchauungsweiſe auch für das römiſche Recht gelte. Dieſe iſt auch im germaniſchen Recht nicht begründet und kann überhaupt keinem Recht zu Grunde liegen.

So unumſtößlich richtig es iſt, daß der Handel ein Träger der Cultur iſt, und daß durch Verbeſſerung der Landwirthſchaft und Steigerung der Induſtrie das Nationalvermögen vermehrt wird, ſo wenig wird es Jemanden in den Sinn kommen, anzunehmen, daß der einzelne Kaufmann ſich deßwegen etablire und nach uncultivirten Gegenden hin in der Abſicht Handel treibe, um Cultur zu verbreiten, daß der einzelne Landwirth deßwegen Wieſenwäſſerung und Stallfütterung einführe, der Spinner deßwegen ein neues Spulenſyſtem herſtelle, um das Nationalvermögen zu vergrößern. Dieſer Effect wird durch das Streben der Einzelnen, ihren Vortheil zu erreichen, hervorgebracht und der Umſtand, daß die Ausbreitung der Cultur und die Vermehrung des Nationalvermögens einer höheren Auffaſſung nicht bloß als zufällige Folge der Thätigkeit der

3) Auf den wahren Grund der aus den aufgeſtellten Principien begründeten Rechtsſätze iſt an den betreffenden Orten, wo dieß nicht bereits geſchehen, einzugehen. Im Allgemeinen iſt hier nur noch anzuführen, daß eine Anzahl von Pflichten, welche man oft als Rechtspflichten auffaßt, dieſen Character auch im germaniſchen Recht nicht haben, weil ſie ihn nicht haben können. Meiſt iſt nur eine modificirte ſtaatliche Realiſirung oder eine Realiſirung nach einer Richtung hin möglich, und nur inſoweit ſind ſie Rechtspflichten.

Einzelnen erscheint, sondern diese als Mittel zu jenem sich darstellt, verändert die Natur des Strebens der Einzelnen, auch wenn sie selbst diese höhere Auffassung haben, der Regel nach nicht. Sache des Staats ist es aber von dem Moment an, wo bei einer höheren Cultur diese höhere Tendenz der Thätigkeiten der Einzelnen erkannt wird, bei der Berücksichtigung der Industrie, Landwirthschaft u. s. w. von dieser Auffassung auszugehen.

Dasselbe gilt für das Recht. Der Einzelne hat bei der Rechtsübung nur das Einzelrecht, um dessen Realisirung es sich handelt, im Auge; daß er dadurch zu gleicher Zeit an der Realisirung der allgemeinen Rechtsordnung Theil nimmt, kömmt ihm der Regel nach [4]) nicht in den Sinn, und die Art und Weise der Rechtsverfolgung ist in der entsprechenden Weise durch das Recht geordnet. Aber auch die Gesammtheit des Volks, wo sie unbewußt Recht schafft, oder der Staat auf einer niedern Culturstufe, wo er durch bestimmte Organe bewußt in derselben Richtung handelt, oder wo er Recht spricht, hat lediglich die Einzelrechte im Auge, welche zu firiren und zu realisiren sind. Daher Nichtsonderung des Privat-, Criminal- und Staatsrechts, daher unbedingter Anklageproceß. Auch bei dem Beginn der Loslösung des Criminal- und des

4) Es kömmt allerdings vor, daß der Einzelne ein Recht geltend macht, obgleich der Vortheil, welchen er daraus zieht, nicht im Verhältniß zu dem durch die Geltendmachung verursachten Nachtheil steht, in der Absicht, daß der das Recht Verletzende von weiteren Rechtsverletzungen zurückgeschreckt, Andere zur Geltendmachung ihrer Rechte ermuthigt werden. In einem solchen Fall kann man allerdings sagen, daß die Absicht auf die Realisirung der Rechtsordnung primär gerichtet und die Verfolgung des Einzelrechts nur das Mittel dazu ist; — aber zweifelt wol Jemand, daß ein solches Handeln als ausnahmsweises characterisirt werden muß, und kann man etwa nur für den Germanen die Möglichkeit einer solchen Handlungsweise annehmen?

Staatsrechts wird von demſelben Princip ausgegangen. Der Staat verfolgt diejenigen Verbrechen und ſpricht öffentliche Strafen für ſie aus, welche directe Angriffe gegen ſeine Perſönlichkeit, alſo Verletzungen ſeines Einzelrechts enthalten — Friedensbruch. Dieſer Begriff wird erweitert und man gelangt allmälig dahin, daß der Staat alle Verbrechen verfolgt und beſtraft; denn er hat erkannt, daß er die Rechtsordnung ſelbſt zu realiſiren, nicht nur die Einzelrechte zu ſchützen habe. In ähnlicher Weiſe entwickelt ſich das Staatsrecht, welches lange unter der Form von Einzelrechten ſich darſtellt[5]). Das Privatrecht behält in Betreff ſeiner Ausübung den alten Charakter, nur ſelten greift der Staat in der Abſicht, die Rechtsordnung zu realiſiren, ein, aber für die Geſetzgebung wird dieſe letztere Rückſicht auch hier maßgebend ſein und iſt es auch bei den Römern geweſen. Die Art und Weiſe der Realiſirung des Privatrechts bringt es jedoch mit ſich, daß immer zunächſt Rechte feſtgeſtellt werden müſſen, aus welchen die entſprechenden Pflichten hervorgehen, die ſelbſtſtändigen Pflichten aber eine untergeordnete Bedeutung haben.

Daß der angegebene Entwickelungsgang ſich auch im germaniſchen Recht, ja ſogar in dieſem gerade beſonders deutlich vorfinde, wird man wol nicht in Abrede zu ſtellen vermögen. Das römiſche Volk war in vielen Beziehungen ſchon früher zur Anerkennung der allgemeinen Rechtsordnung gekommen.

§. 14.

Verhältniß der Einzelrechte zum Staat.

Dieſer Paragraph ſchließt ſich eng an den §. 4 des Verfs.,

5) In neuſter Zeit iſt mit Glück verſucht worden, dieſe Art der Erſcheinung des Staatsrechts, als beſondere Garantien darbietend, auch unſerer Zeit zu empfehlen.

„Stellung des Volks zum Recht," an, als deſſen Ausführung nach einer Richtung hin er erſcheint.

Da nach römiſcher Anſchauung, ſo argumentirt der Verf., die Einzelrechte vor dem Staat nur durch die phyſiſche Kraft des Beſitzers geſchützt ſind, im Staat aber den Character der Unverletzlichkeit nur durch den ſie ſchützenden Geſammtwillen erhalten, ſo exiſtirt dieſe Unverletzlichkeit für das Volk ſelbſt, aus deſſen Willen ſie entſprungen iſt, nicht, und das Volk und ebenſo der mit der Machtvollkommenheit des Volks bekleidete Inhaber der Staatsgewalt „iſt rechtlich befugt, beſtehende Einzelrechte aufzuheben. Der Begriff „wohlerworbene Rechte," welche auch der Staat als ſolche zu reſpectiren verpflichtet wäre, iſt den Römern vollkommen fremd, und daher kann auch von Garantien, welche das germaniſche Recht zum Schutze derſelben geſchaffen hat, im römiſchen Recht nicht die Rede ſein. Weil das Volk die Quelle des Rechts iſt, ſo iſt auch Alles, was es beſchließt, Recht." „Die Aufhebung der Einzelrechte durch einen Act der Staatsgewalt fällt daher für die römiſche Betrachtung conſequent unter den Geſichtspunct eines durch vis major herbeigeführten Rechtsverluſtes, eines casus."

Da hingegen nach der germaniſchen Anſicht der Entſtehungsgrund der Einzelrechte in der aus dem göttlichen Willen entſprungenen höheren Rechtsordnung liegt, ſo iſt ihre Exiſtenz vom Willen des Volks unabhängig. Jede willkürliche Verletzung eines wohlerworbenen Rechts involvirt zugleich eine Verletzung der höheren, von Gott ſtammenden ſittlichen Ordnung und es kann dabei „natürlich" keinen Unterſchied machen, ob dieſe Verletzung von einem Einzelnen oder von dem Staat ausgeht. Jedes wohlerworbene Recht iſt vermöge des daſſelbe ſchützenden göttlichen Gebotes heilig und der Staat, deſſen Aufgabe gerade iſt, „das Recht zu ſtärken und das Unrecht

zu kränken," muß dieſe Heiligkeit nothwendig ebenſo gut reſpectiren, als der Einzelne. Deßwegen ſind die Einzelrechte von dem Willen der Staatsgewalt unabhängig und durch beſondere Garantien gegen willkürliche Verletzungen durch dieſe geſchützt.

Wie ſo oft, wird auch hier bei der Betrachtung des römiſchen und des germaniſchen Rechts von zwei ganz verſchiedenen Richtungen ausgegangen. Zuerſt wird die überall, wo ein Staat exiſtirt, unbezweifelbare Thatſache hervorgehoben, daß es in der Macht des Staats ſteht, durch die von ihm feſtgeſetzten Normen Einzelrechte aufzuheben. Dieſe Thatſache wird als Rechtsſatz aufgeſtellt und dem römiſchen Recht zugewieſen. Dann wird der Satz, daß der Staat nicht willkürlich Rechte aufheben dürfe, welcher als ſtaatlich nicht realiſirbar der Sitte angehört, ebenfalls als Rechtsſatz gefaßt und dem germaniſchen Recht vindicirt. Weil nun aber die Conſequenzen dieſer Rechtsſätze zu einander entgegenſtehenden Reſultaten führen würden, thatſächlich jedoch eine verſchiedene Behandlung der Einzelrechte unter der Herrſchaft des römiſchen und der des germaniſchen Rechts nicht vorhanden iſt, ſo wird eine zweite Operation nöthig, um dieſen letzteren Umſtand zu erklären.

In Rom ſoll es die ſittliche Auffaſſung der Stellung der Staatsgewalt zu den Einzelrechten ſein, welche, eine willkürliche Verletzung der Einzelrechte verwerfend, „das Volk zum ſittlichen Gebrauch der ihm zuſtehenden Macht beſtimmt."

Wenn nun die Behauptung einer ſolchen, der rechtlichen Anſicht zuwiderlaufenden ſittlichen Anſchauung an ſich ſchon Bedenken für die Exiſtenz der einen oder der andern erregen dürfte (denn es handelt ſich nicht etwa um ein einzelnes Geſetz, ſondern um die im Volke vorhandene Rechtsanſchauung),

ſo muß es vollends als unfaßlich erſcheinen, wenn in weiterer Ausführung der ſittlichen Anſchauung der Römer eine willkürliche Verletzung der Einzelrechte als dem Zweck des Staats (der gerade darin beſtehe, die perſönliche Freiheit der Einzelnen zu ſchützen) zuwiderlaufend dargeſtellt, endlich aber behauptet wird, daß gerade die auf das Subjectivitätsprincip gegründete Staatslehre eine ſolche Verletzung auf das Schärfſte reprobiren müſſe, und daß die ſtrenge Achtung der Römer vor den beſtehenden Rechten aus den Principien, auf welche ihr ganzes Leben gegründet war, hervorgegangen ſei.

Wie eine dem Zwecke des Staats zuwiderlaufende rechtliche Anſchauung ſich bilden kann, wie aus einem und demſelben Princip zwei einander zuwiderlaufende Conſequenzen hervorgehen, wie eine Rechtsanſchauung in einem Volke entſtehen kann, welche mit ſeinen Lebensprincipien [1]) in Widerſpruch ſteht, bin ich nicht im Stande, mir zu erklären. Fragt man, welche Erklärung der Verf. giht — er bleibt ſie ſchuldig, nur dadurch, daß er die ſittliche Anſchauung in eine Utilitätsrückſicht übergehen läßt, wird es ihm möglich, ihr wieder die rechtliche Anſchauung entgegenzuſtellen [2]).

---

1) Ueber die Inconſequenz, aus dem Subjectivitätsprincip allgemeine Lebensprincipien, alſo ein objectives Sittengeſetz, hervorgehen zu laſſen, vergl. oben S. 25.

2) Es erſcheint angemeſſen, die Argumentation des Verfs. hier im Zuſammenhange folgen zu laſſen: „Daher liegt den römiſchen Juriſten auch nichts ferner als die Frivolität, mit der heutiges Tages ſo oft über die Abhängigkeit der Einzelrechte vom Volkswillen reflectirt, und die Möglichkeit ihrer Aufhebung erörtert wird. Das Ausmalen dieſes Abhängigkeitsverhältniſſes und das behagliche Erörtern von Dingen, die das Volk zu thun zwar rechtlich befugt iſt, die es aber factiſch nicht thun kann, ohne zugleich die Grundlagen des Staatslebens zu zerſtören, war auch bei den Römern mehr das Geſchäft neuerungsſüchtiger Demagogen als praktiſcher Juriſten. Ein

Um das für das germaniſche Recht aufgeſtellte Princip der Unverletzbarkeit der Einzelrechte mit dem thatſächlich vorhanden geweſenen Rechtszuſtand in Einklang zu bringen, modificirt der Verf. dieſes Princip durch ein anderes. „Wenn der höhere ſittliche Zweck des Rechts durch daſſelbe entweder überall nicht, oder nicht gehörig mehr erreicht werden kann, oder wenn daſſelbe mit höheren Intereſſen collidirt, ſo muß

willkürliches Brechen beſtehender Einzelrechte von Seiten des Staates muß grade die auf das Subjectivitätsprincip gegründete Staatslehre, wenn ſie auch keine anderen Garantien dagegen zu ſchaffen vermag, als diejenige, welche im allgemeinen Stimmrechte liegt, auf das Schärfſte reprobiren; und wenn daher die Römer, wenigſtens in ihren beſſeren Zeiten, dieſelbe ſtrenge Achtung vor den beſtehenden Rechten gehabt haben, welche jedes ſittliche Volk vor denſelben hegt, ſo beweiſt das eben nur, daß ſie die ſittliche Kraft gehabt haben, die Principien, auf welche ihr ganzes Leben gegründet war, auch praktiſch durchzuführen. Vergeſſen dürfen wir dabei freilich auch nicht, daß die Verhältniſſe, in denen das römiſche Volk lebte, weſentlich dazu beitrugen, dieſe Durchführung möglich zu machen. Um die Welt zu erobern, bedurfte es für ſie des feſteſten Zuſammenhaltens, und ſo lange einer Seits die Bedürfniſſe und Reichthümer der einzelnen Römer nicht groß, und anderer Seits die Exiſtenz des Staates durch mächtige Feinde bedroht war, auch die ſteten Kriege die Bevölkerung Roms fortwährend decimirten, ſo lange mußte auch das Bewußtſein von der Nothwendigkeit dieſes Zuſammenhaltens die Oberhand behalten, und ſo lange mußte es auch dem Proletariat einleuchtend ſein, daß es vortheilhafter ſei, ſich durch Beute und Eroberung, als durch communiſtiſche Geſetze zu bereichern. Und daneben zeigen denn doch auch die ſchon in früher Zeit vorkommenden Agrar- und Zinsgeſetze*), welche die Plebs durchſetzte, daß dieſe von dem Bewußtſein der durch wohlerworbene Rechte Einzelner nicht beſchränkten Omnipotenz des römiſchen Volkes vollkommen durchdrungen war.“ S. 154 155.

*) Daß namentlich die altrömiſchen Zinsgeſetze nicht aus dem Grunde der Unſittlichkeit des Wuchers erlaſſen wurden, ſondern daß die tief verſchuldete Plebs, — freilich durch die Habſucht und Hartherzigkeit der Patricier dazu getrieben, — dieſelben lediglich als Mittel zur Erleichterung ihrer Schuldenlaſt durchſetzte, ergiebt ſich aus Livius zur Genüge. Daher bezeichneten die Patricier dieſelben ebenſo wie die Agrargeſetze auch grabezu als einen Raub, durch den die fides, cum qua omnis humana societas tollitur, zerſtört werde. —

das Recht ſelbſt aufhören oder modificirt werden." „Die Frage, ob ein ſolcher Fall vorhanden iſt, ſowie die Art und Weiſe der Aufhebung, kann aber weder dem ſubjectiven Ermeſſen des Inhabers der Staatsgewalt überlaſſen bleiben, noch Majoritätsfrage ſein, vielmehr iſt dazu die Einwilligung entweder des Betheiligten ſelbſt, oder der zu ſeiner Vertretung berufene Perſonen, der Stände, erforderlich."

Schon oben (S. 49) iſt die Löſung der Frage nach der Omnipotenz des Staats gegeben worden. Eine Anwendung der aufgeſtellten Sätze auf die jetzt vorliegende Frage ergibt: Der Staat hat begrifflich die Macht, Einzelrechte aufzuheben, und kann darin nicht durch einen Rechtsſatz beſchränkt ſein. Er iſt aber darum nicht befugt, willkürlich dieſelben aufzuheben, ſondern iſt ſittlich beſchränkt. Dieß gilt ſowol für das römiſche, als das germaniſche Recht. Ein Rechtsſatz, welcher die Aufhebung der Einzelrechte geſtattet, exiſtirt nicht[3]), und einzelne vorgekommene Fälle derartiger Aufhebungen werden ausdrücklich als Widerrechtlichkeiten (d. i. Unſittlichkeiten) bezeichnet. Dagegen aber wird von Expropriationsſätzen berichtet, nach welchen mit der größten Billigkeit verfahren und dem Expropriirten das ganze Grundſtück abgekauft wurde, wenn er einen Theil nicht gern allein abgeben wollte [4]). Nach germaniſchem Recht iſt die Fähigkeit des Staats, durch Geſetze

3) Jhering a. a. O. II. S. 78 Note 74: „Wie Schmidt darin, „„daß das römiſche Recht die Aufhebung der Civilrechte durch einen Act der Staatsgewalt als einen durch vis major oder casus herbeigeführten Rechtsverluſt betrachte,"" „eine Conſequenz der von ihm dem römiſchen Recht ſupponirten Auffaſſung erblicken kann, iſt mir völlig unbegreiflich. Ich ſollte ſagen, daß das Gegentheil nicht hätte klarer ausgedrückt ſein können, denn vis major, casus bildet ja den Gegenſatz zum Recht, jene Aufhebung wird dadurch alſo als eine gewaltſame bezeichnet."

4) S. die Citate bei Jhering a. a. O. II S. 142 N. 158.

Einzelrechte aufzuheben, ebenfalls vorhanden und die Beſchränkung ebenfalls ſittlicher Natur. Auch das von dem Verf. aufgeſtellte Princip von dem Aufhören des Rechts bei Wegfall ſeines ſittlichen Zwecks und bei Colliſion mit höheren Intereſſen iſt als ſolches kein Rechtsprincip, ſ. §. 12. Als ſittliches Princip iſt es aber auch von den Römern anerkannt geweſen und, wenn man geſetzgeberiſche Eingriffe in Einzelrechte zu rechtfertigen ſuchte, wie z. B. die vom Verf. als Belege ſeiner Anſicht angeführten Agrar- und Zinsgeſetze (ſ. o. S. 118*)), ſo bezog man ſich auf dieſes Princip[5]). Die geſetzgeberiſche Gewalt aber liegt freilich nicht immer bei demjenigen ſtaatlichen Organ, welches in ſonſtiger Beziehung an der Spitze des Staats ſteht — die Staatsgewalt inne hat (ſ. o. S. 50). Wenn der Verf. daher als eine der Garantien, welche das germaniſche Recht gegen willkürliche Verletzungen der Einzelrechte durch die Staatsgewalt gewähre, die „verfaſſungsmäßige Beſchränkung des Geſetzgebungsrechts durch die Stände, deren Recht und Beruf hauptſächlich mit in dem Schutze wohlerworbener Rechte beſtehe," anführt[6]), ſo iſt dieß irrig. Durch die Stände war es dem Landesherrn möglich geworden, aus den Territorien, über welche ſich ihre Landeshoheit erſtreckte, ſtaatliche Ganze zu bilden und namentlich geſetzliche Normen aufzuſtellen. Die Stände beſchränkten nicht die geſetzgeberiſche Gewalt des Landesherrn, ſondern beide zuſammen bildeten ſie aus und waren von Anfang an ihre Inhaber. Wenn man die Stände als zur Schützung wohlerworbener Rechte berufen bezeichnet, ſo kann dieß nur ſo viel heißen, daß ſie mit dem Landesherrn vertragsmäßig ihre beiderſeitigen Rechtsverhältniſſe feſtzuſetzen

5) Ihering a. a. O. II. S. 76 ff.
6) Schmidt S. 159.

pflegten, daß in dieſen Feſtſtellungen auch mitunter andere Rechtsverhältniſſe, welche ſie nicht direct berührten, bei welchen ſie aber ein mittelbares Intereſſe hatten, aufgenommen wurden, daß zur Aufrechthaltung dieſer Verträge und zunächſt zur Wahrung ihrer eigenen Intereſſen die Stände Vereinigungen abſchloſſen, und daß ſie, wenn es ihnen beliebte, durch die gewonnene Macht auch die Rechte Anderer ſchützten. „Vertreter des Volks" waren ſie auch „in dem Sinne" nicht, „in welchem nach dem älteſten germaniſchen Recht jeder freie Mann befugt iſt, die Rechte derer zu ſchützen, welche dieß ſelbſt zu thun außer Stande ſind" [7]). Dieſe Befugniß und, wie, um ihre Vertretung zu rechtfertigen, behauptet werden müßte, die Pflicht zu einem derartigen Schutz exiſtirte überhaupt nicht (ſ. o. §. 9. S. 83); und wie ein derartiges „Vertretungsrecht nothwendiger Weiſe die Befugniß involviren müſſe, zu einer aus ſittlichen Gründen gebotenen Aufhebung von Einzelrechten die Zuſtimmung zu geben," iſt nicht erſichtlich. Soweit es ſich nicht um ihre eigenen oder die Rechte der ſpeciell ihnen untergebenen Perſonen handelte, übten die Stände mit dem Landesherrn zuſammen eine wirkliche geſetzgeberiſche Thätigkeit aus. — Aprioriſtiſch betrachtet, erſcheint die Theilnahme der Stände an der Geſetzgebung als eine Verfaſſungsform, welche Garantien dafür bietet, daß die Geſetzgebung nicht willkürlich die Einzelrechte aufhebt. Derartige Garantien bietet aber auch die römiſche Verfaſſung verſchiedene dar, welche ſicherlich von nicht geringerer Wirkſamkeit waren.

Ueber das ebenfalls als Garantie zur Sicherung der Einzelrechte von dem Verf. dem germaniſchen Recht allein vindicirte Princip der Unabhängigkeit der Rechtspflege von der Staatsgewalt ſiehe o. §. 5 S. 48,

7) Schmidt S. 160.

deßgleichen über die Verpflichtung des Inhabers der Staatsgewalt, die Rechtmäßigkeit ſeiner Handlungen einem Richterſpruch zu unterwerfen.

Drittes Capitel.

Die Freiheit.

---

§. 15.

Begriff der Freiheit.

Nach der römiſchen ſubjectiviſtiſchen Denkweiſe, deducirt der Verf., ſei der Menſch als mit Vernunft und Willen begabtes Weſen fähig und berechtigt, ſich ſelbſt und ſeine Handlungen nach ſeinem ſubjectiven Ermeſſen zu beſtimmen. In dieſer Berechtigung beſtehe ſeine Freiheit und, wenn man die vom Staat und Recht dem Einzelnen auferlegten Beſchränkungen hinwegdenke, ſo müßten alle Menſchen als freie und die Freiheit als abſolute gedacht werden. Innerlich und ſittlich ſei der Menſch freilich durch ſein Verhältniß zu Gott im Gebrauch ſeiner Freiheit beſchränkt, aber dieß berühre ſeine äußere Freiheit nicht, denn bei Erkennung und Befolgung der Vorſchriften des Sittengeſetzes dürfe jeder lediglich ſeiner ſubjectiven Ueberzeugung folgen und ſich durch ſeinen freien Entſchluß beſtimmen laſſen. Im Staate müſſe die abſolute Freiheit allerdings Beſchränkungen erleiden, daraus ergebe ſich im Gegenſatz zu der außer dem Staat exiſtirenden natürlichen Freiheit der Begriff der geſetzlichen Freiheit, und dieſe beſtehe in der Berechtigung ſubjectiv willkürlicher Selbſtbeſtimmung innerhalb der vom Geſetz gezogenen Schranken.

Nach germaniſcher Anſchauung, welche von der Vorausſetzung eines höhern über dem Willen des Menſchen ſtehenden Sittengeſetzes ausgehe, ſeien die Menſchen von vorn herein verpflichtet, die Vorſchriften des Sittengeſetzes zu erfüllen; ſie hätten alſo, wenn auch die factiſche Möglichkeit, doch nicht das Recht, dawider zu handeln, und die Freiheit des Menſchen beſtehe eben in der Berechtigung ſittlicher Selbſtbeſtimmung, d. h. im Recht des Menſchen, ſein Leben den Vorſchriften des Sittengeſetzes gemäß zu geſtalten. Wer dieſe Berechtigung nicht habe, wem durch äußere Verhältniſſe die Möglichkeit entzogen werde, dem Sittengeſetz gemäß zu leben, der ſei ohne Zweifel unfrei. Wer ſie dagegen habe, der habe auch das Maß der Freiheit, welches der Menſch überhaupt haben könne. Ein größeres Maß, eine größere Freiheit, die auch zum unſittlichen Handeln berechtige, exiſtire für den ſittlichen Menſchen nicht, und wenn der Staat ſie ihm auch gewähren wolle, ſo würde ihm ſein Gewiſſen doch verbieten, davon Gebrauch zu machen. Daher exiſtire ein Unterſchied zwiſchen natürlicher und geſetzlicher Freiheit nicht. Der Menſch ſei außerhalb des Staats nicht freier als im Staat [1]).

Bei der Mannichfaltigkeit des Gebrauchs der Ausdrücke frei und unfrei, ſelbſt als techniſcher, iſt es nothwendig, auf den urſprünglichen Begriff der Freiheit zurückzugehen, denſelben in ſeinen verſchiedenen Erſcheinungen zu betrachten und zu unterſuchen, wie dieſe von den Römern und Germanen aufgefaßt werden.

Freiheit iſt der Zuſtand des Nichtvorhandenſeins eines

1) Die Ausführung der germaniſchen Auffaſſung im Einzelnen wird unten mitgetheilt werden.

Hinderniſſes der Möglichkeit der Bewegung, einer Schranke — Unbeſchränktheit. Es iſt gleichgültig, welcher Art der Gegenſtand, der als beweglich gedacht wird, und das als nicht vorhanden gedachte Hinderniß iſt. Die nicht gehemmte Naturkraft, der Vogel in der Luft iſt frei. — Da der Begriff der Freiheit lediglich auf dem Nichtvorhandenſein einer Schranke beruht, ſo kann jeder Zuſtand mit Bezugnahme auf das Nichtvorhandenſein einer beſtimmten Schranke als Freiheit erſcheinen, einerlei, ob andere Schranken vorhanden ſind, oder nicht. Daher die Möglichkeit der verſchiedenen Auffaſſungen des Begriffs Freiheit.

Freiheit iſt formell ein negativer Begriff, indem ſie der Zuſtand des Nichtvorhandenſeins einer Schranke iſt. Unfreiheit aber iſt formell ein poſitiver Begriff, da ſie der Zuſtand des Vorhandenſeins dieſer Schranke iſt. Da aber die Unfreiheit ihrem Inhalt nach (materiell) eine Negation (ganze oder theilweiſe) der als beſchränkt oder aufgehoben gedachten Möglichkeit der Bewegung iſt, ſo iſt in Bezug auf dieſe Möglichkeit die Freiheit die Negation einer Negation, alſo ein poſitiver Begriff. Freiheit iſt die als nicht beſchränkt gedachte Möglichkeit der Bewegung. Der Inhalt der Freiheit iſt alſo gleich dem Inhalt der Möglichkeit der Bewegung.

Eine abſolute Möglichkeit der Bewegung exiſtirt für uns nicht, da ein abſoluter als beweglich gedachter Gegenſtand nicht exiſtirt. Die Weſenheit jedes Gegenſtands bildet eine Schranke der Möglichkeit ſeiner Bewegung — alle Weſen ſind demnach unfrei. Da aber ein beſtimmter Gegenſtand ohne ſeine Weſenheit nicht gedacht werden kann, ſo erſcheint dieſe in der Weſenheit des Gegenſtands liegende mit ihm zugleich nothwendig gedachte Schranke für den Gegenſtand ſelbſt nicht als ſolche — und inſofern ſind alle Gegenſtände an und für

ſich frei. Unfreiheit wird nur durch außerhalb ihres Weſens liegende Schranken hervorgebracht.

Wendet man dieſe Sätze auf den Menſchen als wollendes Geſchöpf an, ſo erſcheint dieſer an ſich als frei, und dieſe ſeine Freiheit beſteht in der in ſeinem Weſen liegenden Möglichkeit zu wollen, d. h. ſein Begehrungsvermögen auf einen beſtimmten Gegenſtand zu richten und dieſen Willen zu realiſiren. Betrachtet man den Menſchen lediglich als Naturweſen ohne Rückſicht auf ein ihn beherrſchendes Sittengeſetz, und außerhalb einer Beziehung zum Staat und zur Familie, ſo erſcheint zwar ſeine Handlungsfähigkeit durch das Maß ſeiner Körperkräfte bedingt, die Fähigkeit zu wollen aber unbedingt und ſie bildet den Inhalt ſeiner Freiheit, ſ. g. natürliche Freiheit. Sittengeſetz und Rechtsordnung ſtellen ſich als Schranken dieſer Fähigkeit dar, der ihnen Unterworfene iſt unfrei.

Geht man dagegen von der Exiſtenz eines Sittengeſetzes aus[2]), ſo erſcheint der Menſch ſeinem Weſen nach (als ſittliches Weſen) dieſem unterworfen, ſeine Fähigkeit, zu wollen, iſt daher ihrem Weſen nach durch das Sittengeſetz qualificirt, und dieſe Qualification kann nicht als Schranke aufgefaßt werden. Der dem Sittengeſetz Unterworfene iſt frei und der Inhalt ſeiner Freiheit beſteht in der Fähigkeit, dem Sittengeſetz gemäß zu wollen und zu handeln. Der ſittliche Wille iſt der urſprüngliche freie menſchliche Wille. Der nicht durch das Sittengeſetz beſtimmte Wille aber erſcheint als unfrei, denn wer das Sittengeſetz oder einen Satz deſſelben nicht

2) Auf welche Weiſe dieſes Geſetz erkannt wird, ob durch philoſophiſche Speculation, oder durch religiöſen Glauben, ob daſſelbe als für ſich abſolut exiſtirend, oder als Ausfluß des Willens eines höchſten Weſens aufgefaßt wird, iſt für unſere Betrachtung gleichgültig.

als exiſtent anerkennt, muß nothwendig ſein Gegentheil anerkennen und ſeinen Willen durch dieſes beſtimmen laſſen, für ihn iſt alſo eine Schranke des Willens vorhanden — er erſcheint als unfrei. Um den Ausgangspunct, von welchem aus man zu dieſer Begriffsbeſtimmung gelangt, das Sittengeſetz, die ſittliche Natur des Menſchen, zu bezeichnen, braucht man für dieſelbe den Ausdruck ſittliche Freiheit.

Geht man von der Exiſtenz des Staats und des in ihm geltenden Rechts aus, ſo ſtellt ſich für den rechtlich anerkannten Menſchen (die Perſon, das Rechtsſubject) die Unterwerfung unter den Staat und das Recht als nothwendige Eigenſchaft dar. Seine Willensfähigkeit, reſp. da das Recht nur auf die äußere Realiſirung des Willens, die Handlung, Rückſicht nimmt[3]), ſeine Handlungsfähigkeit iſt durch das Recht nicht beſchränkt, ſondern qualificirt, und die Fähigkeit, dem Recht gemäß zu handeln, erſcheint als der urſprüngliche Inhalt der Freiheit der Perſon. Der Ausgangspunct dieſer Begriffsbeſtimmung der Freiheit wird angedeutet in dem Ausdruck bürgerliche, rechtliche Freiheit[4]).

3) Hierin liegt der Grund, warum ſittliche und rechtliche Freiheit ſich einander gar nicht berühren, die eine nicht als ein minus der andern angeſehen werden kann. Dadurch, daß das Recht die Vornahme einer dem Sittengeſetz entſprechenden oder von ihm vorgeſchriebenen Handlung verbietet, oder eine unſittliche Handlung vorſchreibt, iſt die ſittliche Freiheit nicht beſchränkt, denn auch der dem Recht Unterworfene kann trotzdem das dem Sittengeſetz Gemäße wollen, das Widerſprechende nicht wollen. Nur eine Beſchränkung der Realiſirung des ſittlichen Wollens iſt vorhanden, in derſelben Weiſe, wie eine ſolche durch Naturgeſetze und Naturereigniſſe vorkommen kann. Die Beſchränkung der Realiſirung des ſittlichen Wollens iſt, inſofern ſie von Menſchen, welche als ſolche dem Sittengeſetz unterworfen ſind, aufgeſtellt iſt, unſittlich. Eine vorhandene Unſittlichkeit hebt aber die ſittliche Freiheit Anderer nicht auf.

4) Dazu, den das Recht nicht Anerkennenden für unfrei zu er-

Wenn nun aber in dem Unterworfenſein unter das Natur-, das Sitten- und das Rechtsgeſetz eine Beſchränkung der menſchlichen Freiheit nicht erkannt werden kann, ſo kann eine ſolche nur in der Unterwerfung unter einen fremden Willen liegen. Die Willensbeſtimmung durch den Willen eines Andern liegt weder in dem Weſen der natürlichen, noch der ſittlichen, noch der rechtlichen Freiheit, die Abhängigkeit von einem Andern muß deßwegen als Beſchränkung aufgefaßt werden, und welcher Art und welchen Urſprungs dieſe Abhängigkeit iſt, kann ſie doch an ſich immer als Unfreiheit und ihr Nichtvorhandenſein als Freiheit aufgefaßt werden. Dieſer Begriff wird auch keineswegs durch die Stärke der Abhängigkeit, wol aber durch die Entſtehung derſelben modificirt. Iſt nämlich die Abhängigkeit aus der Familienſitte (ob und wie weit dieſelbe vom Recht anerkannt wird, iſt gleichgültig) hervorgegangen, ſo erſcheint ſie, wenn man von dieſer Sitte ausgeht, den Abhängigen alſo als Familienglied (Hausſohn, Ehefrau) auffaßt, nicht als Schranke, ſondern ebenfalls als Qualification der Willensfähigkeit. Daſſelbe gilt von der Abhängigkeit einer Perſon, welche aus einer durch ihren geiſtigen oder körperlichen Zuſtand bedingten Unfähigkeit, den Willen überall ſelbſt zu beſtimmen, hervorgegangen und in ihrem Intereſſe eingeführt iſt. — Die Abhängigkeit kann auch aus dem Willen des Abhängigen ſelbſt hervorgegangen ſein und, in ſo weit die Beſchränkung des Willens durch ſich ſelbſt anerkannt werden

klären, wie dieß das Sittengeſetz thut (ſ. o.), kann das Recht (der Staat) nicht gelangen. Denn da das Recht nur Handlungen normirt, ſo iſt ihm eine nicht durch Handlungen dargethane Nichtanerkennung völlig indifferent. Eine Nichtanerkennung durch Handlungen läßt das Recht aber gar nicht zu, es zwingt zur Anerkennung. Zum Begriff der Unfreiheit kann es nur gelangen durch Anerkennung einer Schranke, welche der Handlungsfähigkeit innerhalb des Rechts durch eine außerhalb des Rechts liegende Potenz gezogen iſt.

kann, d. h. als ſie nicht als totale oder partielle Aufhebung der Willensfähigkeit ſelbſt erſcheint, iſt die Abhängigkeit gerade eine Wirkung der Fähigkeit der freien Selbſtbeſtimmung, kann alſo nicht als Unfreiheit aufgefaßt werden.

Beruht aber die Beſchränkung der Fähigkeit, wirkſam zu wollen, weder auf der Familienſitte noch auf dem geiſtigen oder körperlichen Zuſtande des Abhängigen, und iſt ſie nicht aus dem eigenen Willen deſſelben hervorgegangen, ſondern hat ſie ihren Grund lediglich in dem Willen und der Macht einer andern nicht durch Familienbande verbundenen Perſon (eines extraneus), als deren Intereſſe befördernd ſie erſcheint, ſo tritt die Beſchränkung prägnant hervor und wird als eigentliche Unfreiheit, ihre Negation aber als Freiheit aufgefaßt.

Die factiſche Unfreiheit findet nun auch im rohen Recht, welches nicht auf einer Abſtraction beruht, ſondern vom Thatſächlichen ausgeht, ihre Anerkennung, ja erſt durch das Recht erhält ſie ihre hauptſächliche Bedeutung und Wirkung [5]). Denn, während abgeſehen vom Recht die Abhängigkeit nur auf fortdauernder directer oder indirecter phyſiſcher Gewalt ruhend gedacht werden kann, iſt innerhalb des Rechts auch ohne dieſe eine Abhängigkeit denkbar und realiſirbar. Dieſe rechtliche Anerkennung zeigt ſich nämlich darin, daß der Staat die phyſiſche Gewalt des Herrn unterſtützt, ferner aber auch

5) Es braucht kaum bemerkt zu werden, daß nicht ein vorrechtlicher Zuſtand als wirklich einmal vorhanden angenommen werden ſoll, ſondern nur, daß die Abhängigkeitsverhältniſſe urſprünglich factiſcher Natur ſind und als ſolche vom Recht aufgefaßt werden. Beide Momente, das der factiſchen Begründung, reſp. der allgemeinen Entſtehung eines Abhängigkeitsverhältniſſes und das der rechtlichen Anerkennung können zuſammenfallen, letztere kann aber auch als ſpäter hinzukommend gedacht werden. Unter der Herrſchaft des germaniſchen Rechts iſt die Erſcheinung nicht ſelten geweſen, daß eine thatſächliche Abhängigkeit in eine rechtliche überging.

nothwendig darin, daß derſelbe den Willen des Abhängigen, ſoweit er beſchränkt iſt, nicht als ſelbſtſtändig anerkennt und darum ihm nicht zur Realiſirung verhilft. Mit der Anerkennung der Abhängigkeit iſt alſo eine Beſchränkung der Rechtsfähigkeit des Abhängigen gegeben, welche bis zur völligen Aufhebung derſelben gehen kann. Iſt nun ſo die Unfreiheit zum Rechtsbegriff geworden[6]), ſo iſt eine engere Begriffsfaſſung der rechtlichen Freiheit möglich. Dieſe iſt nicht mehr der Zuſtand der Fähigkeit, dem Recht gemäß zu handeln, im Gegenſatz zu irgend einer Beſchränkung gedacht, ſondern ſie wird als Gegenſatz zur rechtlich anerkannten durch Abhängigkeit von einem fremden Willen hervorgebrachten Unfreiheit aufgefaßt. Für dieſen Begriff der Freiheit wird in allen Rechten der Ausdruck Freiheit als techniſcher Rechtsausdruck gebraucht.

Wie verhält ſich nun das römiſche Recht zu dieſen verſchiedenen Begriffsbeſtimmungen der Freiheit? Der Begriff der ſittlichen Freiheit fehlt ihm natürlich ganz, da er überhaupt in einem Recht ſeinen Platz nicht haben kann. Libertas im techniſchen Sinn iſt der Ausdruck zur Bezeichnung der geſetzlichen Freiheit in der oben angeführten engeren Bedeutung als Gegenſatz zu der rechtlich anerkannten dauernden Abhängigkeit von dem Willen eines extraneus. Das Unterworfenſein unter das Recht erſcheint nicht als Beſchränkung und auf die natürliche Freiheit wird nicht recurrirt. Nirgends findet ſich eine Betrachtung darüber, daß „die Freiheit der Einzelnen als eine abſolute gedacht werden müſſe, weil vor der Gründung des Staats keine äußere Macht exiſtirte, welche der Freiheit der Menſchen Schranken auferlegte“[7]). In der angeführten

6) Hierin liegt eine Unſittlichkeit, welche aber die ſittliche Freiheit der Unfreien ſelbſt nicht berührt ſ. o. N. 3.

7) Schmidt S. 161.

Definition des Florentinus [8]) iſt ein ſolcher Gegenſatz nicht zu finden, denn, wenn auch „nisi quid jure prohibetur“ das characteriſtiſche Moment der rechtlichen Freiheit enthält, ſo iſt daſſelbe doch nicht im Gegenſatz zur natürlichen Freiheit hervorgehoben, da das characteriſtiſche Moment dieſer: „nisi quid vi prohibetur“ mit ihm in einem Satz durch aut verbunden zuſammengeſtellt iſt. Dem Juriſten kam es einfach darauf an, ohne weitern Zweck den Inhalt der practiſchen Freiheit zu beſtimmen. Das jus naturale wird in die Betrachtung nur deßwegen hineingezogen, um darzuthun, daß das Unterworfenſein unter einen fremden Willen aus dem Weſen des Menſchen nicht zu erklären ſei, ja ſogar dieſem zuwiderlaufe (contra naturam). Das poſitive Recht (jus gentium) erſt konnte die servitus einführen.

Die auf der Familienſitte beruhende Abhängigkeit erkennt das römiſche Recht an, ſtellt ſie aber keineswegs mit der servitus zuſammen und faßt das Befreitſein von dieſer Abhängigkeit nicht als libertas. Im Gegentheil die Kinder auch in der Abhängigkeit vom Vater werden techniſch als liberi bezeichnet. Ebenſo wird zwar die Abhängigkeit, welche auf dem Willen des Abhängigen beruht, mitunter als vinculum und der davon Befreite als liber bezeichnet; dieſe Bezeichnung iſt jedoch keineswegs eine techniſche, wie ſchon aus der Nothwendigkeit des zu liber gemachten die hinwegdachte Schranke ausdrückenden Zuſatzes hervorgeht.

Unterſuchen wir nun das germaniſche Recht, ſo finden wir auch hier nirgends eine Anerkennung der ſittlichen Freiheit. Dieß ergibt ſich ſchon daraus, daß die Unfreiheit recht-

---

8) Libertas est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi quid vi aut jure prohibetur. l. 4 pr. de statu hominum; §. 1. J. de jure personarum.

lich anerkannt iſt. Geht ein Recht von der ſittlichen Freiheit, als der Fähigkeit ſittlicher Selbſtbeſtimmung aus, ſo muß es allerdings an ſeiner Spitze den Rechtsſatz der „Berechtigung ſittlicher Selbſtbeſtimmung, d. i. des Rechts des Menſchen, ſein Leben den Vorſchriften des Sittengeſetzes gemäß zu geſtalten," aufſtellen. Da nun aber das Sittengeſetz die Freiheit nicht nur als einen möglichen, ſondern als einen nothwendigen Zuſtand anerkennt, da in der Aufſtellung dieſes Begriffs zugleich die Vorſchrift liegt, alle Menſchen ſollen frei ſein, ſo kann ein Recht, welches lediglich das Sittengeſetz realiſiren will, nur zu dem Rechtsſatz kommen: alle Menſchen ſind frei. In der ſchon erwähnten Vergleichung der Stelle des Sachſenſp. III. 42 mit l. 4, §. 1 de statu hominum läßt der Verfaſſer den Spiegler auch demgemäß ganz richtig argumentiren, daß die Sclaverei nicht rechtsbeſtändig ſei, und mit Unrecht für Recht ausgegeben werde[9]). An unſerer Stelle aber ſagt er: „Wer dieſe Berechtigung nicht hat, wem durch äußere Verhältniſſe die Möglichkeit entzogen wird, dem Sittengeſetz gemäß zu leben, der iſt ohne Zweifel unfrei." Man könnte nun etwa vermuthen, daß der Verf. im Anfang nur einer ungenauen Faſſung ſich ſchuldig mache, wenn er von einem Nichthaben dieſer Berechtigung ſpricht, und annehmen, er wolle von der factiſchen Unmöglichkeit der Ausübung des Rechts ſprechen. Allein abgeſehen davon, daß es völlig unlogiſch iſt, den Zuſtand des factiſchen Verhindertſeins der Ausübung eines Rechts als Gegenſatz des Zuſtandes des Berechtigtſeins zu conſtruiren, geht aus dem Folgenden hervor, daß der Verf. von rechtlichen Hinderniſſen, dem Sittengeſetz gemäß zu leben, ſpricht, und eine wirkliche Aufhebung der Berechtigung der ſittlichen

9) Schmidt S. 211 f. Vergl. S. 37 oben.

Selbſtbeſtimmung im germaniſchen Recht anerkennt. Es zeigt ſich alſo hierdurch ſchon die Unhaltbarkeit des aufgeſtellten Hauptſatzes. Hören wir aber, wie ihn der Verf. weiter zu begründen ſucht, denn die „Erklärung der Beſtimmung des älteren und ſpäteren Rechts“ aus dem aufgeſtellten Begriff der Freiheit ſoll doch wol als Begründung der Richtigkeit des Begriffes dienen. Jedes kriegeriſche Volk halte ein kriegeriſches Leben für den edelſten, und in den älteren, unentwickelten Zeiten für den allein eines Mannes würdigen Beruf, daher identificire ſich nicht ſelten die Freiheit mit dem Recht, Waffen zu tragen. Bei den Germanen ſei aber dieſer Gedanke noch potenzirt durch die Vorſtellung von der Pflicht und dem Beruf des ſtärkeren Mannes, die höhere Rechtsordnung mit ſeinem Schwert zu ſchützen. Conſequent würde aus dieſem Satz wiederum folgen, daß das germaniſche Recht allen Männern die Führung der Waffen geſtatte. Statt deſſen heißt es aber: „Von dieſer Vorſtellung aus kömmt das ältere germaniſche Recht ganz von ſelbſt zu folgendem Reſultate: Wer durch ſeine Geburt von jenem Recht ausgeſchloſſen iſt, der iſt unfrei, wer von freier Geburt iſt, aber deſſen ungeachtet nicht zur Ausübung dieſes Berufes zugelaſſen wird, iſt unvollkommen frei, und nur derjenige, der dieſen Beruf ausüben darf — wer alſo das Recht der Fehde des gerichtlichen Zweikampfes hat, und als Mitglied einer Gemeinde zu allem dieſem, und folglich auch zu den Functionen eines Schöffen, Fürſprechers u. ſ. w. berechtigt anerkannt iſt — nur der iſt vollkommen frei“ (S. 163). Obgleich nun jeder Mann ſittlich und folglich (nach dem Verf.) auch rechtlich zum Schutz der höhern Rechtsordnung durch ſein Schwert verpflichtet iſt, aus dieſer Pflicht aber nach den eignen vielfältigen Ausführungen des Verfs. das entſprechende Recht hervorgeht, ſo erkennt doch das Recht nicht jeden Mann für waffenfähig an,

ſondern manche ſind durch ihre Geburt ſchon dieſes Rechtes beraubt, und damit unfrei. Die übrigen Männer ſind waffenfähig und daher frei. Das Recht kann aber auch ſie von der Ausübung ihres Rechtes ausſchließen, und wem dieß geſchieht, der iſt unvollkommen frei. Derjenige, welcher weder durch ſeine Geburt von ſeinem Recht ausgeſchloſſen iſt, noch in der Folge durch das Recht an der Ausübung ſeines Rechts gehindert, deſſen Berechtigung vielmehr ausdrücklich anerkannt wird, der iſt vollkommen frei. Löſe dieſe Widerſprüche, wer es vermag; hier genügt es, ſie hervorgehoben zu haben. Doch bis jetzt kann man die Beweisführung des Verfs. noch eine unſchädliche Spielerei, wie ſie in der germaniſtiſchen Literatur keine Seltenheit iſt, nennen; im weiteren Verlauf verändert die Deduction aber ihren Character. „Ob," fährt der Verf. nämlich fort, „er (der vollkommen Freie) daneben frei über ſich und ſeine Handlungen verfügen kann, oder als Dienſtmann den Befehlen eines Herrn unterworfen iſt und dieſem Hulde gethan hat, das hat auf ſeine Freiheit keinen Einfluß; der Eintritt in ein Dienſtverhältniß ſchmälert die Freiheit des Mannes nicht, ſofern das Dienſtverhältniß ihn nicht zu Leiſtungen verpflichtet, die eines freien Menſchen unwürdig ſind." Wäre es nicht bekannt, wie ſehr eine vorgefaßte Anſicht das Urtheil verblendet, ſo wäre man verſucht, dem Verf. einen offenbaren dolus vorzuwerfen. Wo in aller Welt werden, ſo lange die Miniſterialität blühte, die Miniſterialen für frei gehalten? Ja, ſchon zu der Zeit, als ſie im Verkehr den Vaſallen faſt völlig gleich ſtanden, war es gerade die Unfreiheit, welche ſie rechtlich anders ſtellte; war dieſe aufgehoben, ſo konnten ſie die höchſten rechtlichen Functionen ausüben, ſie konnten unter Königsbann zu Gericht ſitzen, aber noch der Sachſenſpiegel verlangt ausdrücklich Freilaſſung hierzu. Es iſt wahr, die Miniſterialen wurden allmälig

als Freie angeſehen, aber die „ſpätere Verſchmelzung derſelben mit den Gemeinfreien“ beweiſt gerade das Gegentheil von dem, was der Verf. durch ſie beweiſen will, „daß nicht das Maß der Berechtigung ſubjectiv willkürlicher Selbſtbeſtimmung, welche dem Vaſallen und Miniſterialen [10]) in geringerem Maß zuſtand, als dem Mann, der in kein Dienſtverhältniß getreten war, ſondern die Beſchaffenheit des Lebensberufes, jenachdem dieſer in der Volksanſicht als ein höherer oder niedrigerer angeſehen wurde, über Freiheit oder Unfreiheit entſchied.“ Es wird vielmehr dadurch bewieſen, daß gerade die Abhängigkeit von einem Andern das die Unfreiheit bedingende Moment war. Als die Abhängigkeit der Miniſterialen mit der Zeit eine immer geringere, ja endlich faſt ganz inhaltsleer wurde, galten ſie auch nicht mehr für unfrei.

Eine eben ſo eigenthümliche Auffaſſung der Thatſachen verräth es, wenn der Verf. weiter behauptet, der Freiheitsbegriff habe ſich mit der Anſicht über die Lebensberufe geändert. Nicht nur diejenigen, welche ein rittermäßiges Leben führten, ſondern auch diejenigen, welche ein ehrenhaftes, bürgerliches Gewerbe trieben, hätten nun für frei geachtet werden müſſen, und allmälig mit der Einſicht, daß kein ehrlicher Beruf den Menſchen ſchände, habe der Begriff der Freiheit auf alle Volksclaſſen ausgedehnt werden müſſen. Da doch jedenfalls dieſe Ausdehnung in die Zeit vor der Reception des

10) Dieſe Nebeneinanderſtellung der Vaſallen und Miniſterialen iſt ganz ungehörig. Wenn bei den Erſteren überhaupt von einer „Beſchränkung der ſubjectiv willkürlichen Selbſtbeſtimmung“ geſprochen werden kann, ſo beruht dieſe doch nur auf einem Vertragsverhältniß, das jeden Augenblick von dem Vaſallen aufgehoben werden kann, während die Beſchränkung der Miniſterialen auf einem dauernden, durch ſeinen Willen nicht aufhebbaren, meiſt nicht einmal durch ſeinen Willen begründeten Abhängigkeitsverhältniß beruht.

römiſchen Rechts fallen ſoll, ſo wäre es intereſſant, den Zeitpunct dieſer, bisher den Rechtshiſtorikern fremden Ausdehnung der Freiheit auf alle Volksclaſſen kennen zu lernen. —

Nicht alſo von der ſittlichen Freiheit geht das germaniſche Recht aus, ſondern eben ſo, wie das römiſche, von der rechtlichen Freiheit. Eben ſo wenig, wie jenes, conſtruirt es dieſe als Gegenſatz der natürlichen Freiheit, ſondern faßt dieſelbe in dem engeren Sinne als Gegenſatz der Abhängigkeit von einem anderen Willen. Gerade im germaniſchen Recht tritt die Berückſichtigung der Abhängigkeit eines Menſchen vom anderen beſonders deutlich hervor wegen der verſchiedenen Art der rechtlich anerkannten Abhängigkeitsverhältniſſe.

In den älteſten Zeiten kommen bei allen germaniſchen Stämmen perſönlich Abhängige vor, deren Rechtsfähigkeit je nach dem Grade der Abhängigkeit gemindert oder aufgehoben iſt. Wer nicht perſönlich abhängig war, hatte die volle Rechtsfähigkeit, die ihm ſeiner Nationalität nach zukam, ein ſolcher wurde als frei bezeichnet. Ob er Romane oder Germane, ob er Franke oder Sachſe, ob er Gemeindegenoß war oder Fremder, waren Fragen, die wol den Umfang ſeiner Rechtsfähigkeit berührten, aber nicht ſeine Freiheit. Die Freiheit an ſich gewährte kein Recht, ſie war nur die Bedingung des Vollgenuſſes deſſelben [11]). Für die nicht völlig Unabhängi-

11) Puchta's Bemerkung: „Der Begriff der Freiheit bei den Römern iſt weit entfernt, einen ſo mächtigen poſitiven Inhalt zu haben, als bei den alten Deutſchen" (Curſus der Inſtitutionen. II. §. 214 z. A.), iſt mir völlig unverſtändlich. Wenn in dem Vorkommen „gewiſſer Zuſtände, die den Menſchen nicht zum Sclaven machen, die alſo Zuſtände der Freien ſind, aber den, der ſich darin befindet, factiſch oder rechtlich ſehr nahe an die Stellung der Sclaven hinrücken und die daher als Annäherungen an die Unfreiheit aufgefaßt werden können," die Begründung dieſes Satzes liegen ſoll, ſo iſt zu bemerken, daß derartige „Mittelzuſtände zwiſchen Freiheit und Unfreiheit" das germaniſche Recht in weit größerer Anzahl kennt.

gen war ein gemeinſamer Name nicht vorhanden. Daß aber die Abſtufungen in der Rechtsfähigkeit aus der größeren oder geringeren perſönlichen Abhängigkeit von Anderen hervorgingen, zeigen die verſchiedenen Arten der Freilaſſungen und deren Wirkungen. Nur wenn das Band zwiſchen dem Herrn und dem Abhängigen völlig zerſprengt wurde (und dieß geſchah urſprünglich hauptſächlich nur durch Vermittelung des Königs), gelangte der Freigelaſſene zum Vollgenuß der Rechte. Trat keine völlige Löſung ein, ſo wurde auch die uneingeſchränkte Rechtsfähigkeit nicht erlangt, und die geringere oder größere Feſtigkeit des Bandes (gewöhnlich waren zwei Grade derſelben anerkannt) bedingte auch die größere oder geringere Rechtsfähigkeit.

Die Zeitverhältniſſe, namentlich die Rechtsunſicherheit, brachten es mit ſich, daß viele früher Unabhängige ſich in den Schutz eines Mächtigen und damit in deſſen Abhängigkeit begaben, Andere brachte Gewalt in dieſelbe Stellung. War dieſe Abhängigkeit nun ähnlicher Art, wie die ſchon früher rechtlich anerkannte, ſo wurde durch das neue Verhältniß ebenfalls die Freiheit als verloren angeſehen. Andererſeits milderte ſich bei manchen urſprünglich völlig Unfreien die Abhängigkeit von dem Herrn, und dieß war namentlich da der Fall, wo der Herr nicht aus eigenem perſönlichen Recht eine erbliche Herrſchaft ausübte, ſondern ein gewählter Vertreter einer juriſtiſchen Perſon, einer Kirche, des Reichs, als Herr functionirte. Mit dem völligen Aufhören der perſönlichen Abhängigkeit fällt auch die Beſchränkung der Rechtsfähigkeit weg, wie bei den Reichs- und biſchöflichen Miniſterialen. — Mitunter umfaßte die neu entſtandene Abhängigkeit nicht die ganze Perſönlichkeit, wie das auch bei der lareſten Abhängigkeit des alten Rechts doch immer der Fall war, ſondern nur eine Seite derſelben. So begaben die Pfleghaften ſich in eine le-

diglich politiſche Abhängigkeit, ſie verloren deßhalb auch nur politiſche Rechte, die privatrechtlichen blieben ihnen ungeſchmälert, ganz ebenſo wie auch den nach dem Sachſenſpiegel von ihnen unterſchiedenen Landſaſſen. Der Unterſchied der Rechtsfähigkeit dieſer beiden Klaſſen beruht nicht in ihrer größeren oder geringeren Abhängigkeit, ſondern in andern Bedingungen der Fähigkeit, Subject mancher Rechte zu ſein, der rechtlichen Stellung zum Grund und Boden. Solche nur nach einer Richtung hin von Anfang an Unabhängige bezeichnete man fortwährend als Freie. Trotzdem erkannte das Recht die Wirkungen dieſer Abhängigkeit an, und die Rechtsfähigkeit aller Freien hörte auf, eine gleichförmige zu ſein: man unterſchied verſchiedene Grade der Rechtsfähigkeit derſelben, welche man auch, da ja die Verſchiedenheit, zum Theil wenigſtens, auf der Abhängigkeit oder Nichtabhängigkeit von Anderen beruhte, als Freiheitsgrade auffaßte. Mit dem Beruf haben dieſe Grade aber nicht das Geringſte zu thun; nicht „die Schöffenbarkeit" war Requiſit einer höheren Freiheit, und die ſchöffenbar freien Leute nahmen nicht deßwegen, „weil ſie den eigentlichen Beruf des Mannes, den Schutz der höheren Rechtsordnung ausübten, eine beſondere Stufe ein [12]," ſondern diejenigen, deren Freiheit durch Abhängigkeit nicht gemindert war, blieben noch fähig, unter Königsbann Recht zu finden und nahmen nach dem Sachſenſpiegel, eben dieſer ungeminderten Freiheit wegen, die höchſte Stufe ein. Der Freiheitsgrad bedingt alſo, um mit dem Verf. zu ſprechen, die Zulaſſung zur Ausübung eines beſtimmten Berufs, erworben aber wird die Freiheit, reſp. der Freiheitsgrad durch Geburt und durch Freilaſſung.

Die auf der Familienſitte beruhende Abhängigkeit faßt

12) Schmidt, S. 165.

das germaniſche Recht nicht als Freiheitsbeſchränkungen auf, und ebenſo nicht die auf dem eigenen Willen des Abhängigen beruhende Abhängigkeit, vorausgeſetzt, daß dieſelbe nicht dauernder Natur iſt oder, wenn auch begrifflich dauernd, doch durch den Willen des Abhängigen aufgehoben werden kann, wie z. B. das vaſallitiſche Verhältniß. Wird der Zuſtand des Nichtvorhandenſeins einer ſolchen Beſchränkung auch mitunter als Freiheit bezeichnet, ſo iſt dieſe Bezeichnung doch immer nur eine untechniſche.

Die Berückſichtigung der Abhängigkeit von Anderen iſt alſo nach allen Seiten hin im römiſchen und im germaniſchen Recht eine gleiche, ſelbſt der Gebrauch der Worte Freiheit und Unfreiheit iſt ein übereinſtimmender. Beide Rechte ignoriren den Begriff der ſittlichen Freiheit und gehen von dem der rechtlichen aus. — In einem weſentlichen Punct differiren aber beide doch von einander, und zwar ſtellen ſich die Grundſätze des römiſchen Rechts entſchieden als die ſittlicheren heraus. Ich meine die rechtliche Anerkennung einer aus dem Willen des Abhängigen ſelbſt hervorgehenden Abhängigkeit. Das römiſche Recht erkennt nur diejenige ſelbſtgeſchaffene Abhängigkeit an, welche den Grund ihres Aufhörens in ſich ſelbſt trägt — deren Inhalt alſo die Verpflichtung zu einer Leiſtung oder einer beſtimmten Anzahl von Leiſtungen iſt; das germaniſche Recht begränzt den Umfang und Inhalt der ſelbſtgeſchaffenen Abhängigkeit nicht und läßt ſelbſt die totale Selbſtvernichtung der Freiheit zu. Schon in den älteſten Zeiten war es bei den Germanen anerkannt, daß ein Freier ſich in Unfreiheit begeben konnte, die ſpätere Zeit zeigt die freiwillige Entäußerung der Unabhängigkeit ſo maſſenhaft vorgenommen, daß der geſammte Rechtszuſtand ſich dadurch umbildet, und noch die Rechtsbücher erkennen einen Act, durch welchen ſich ein Freier einem andern in Eigenſchaft gibt (in Folge welcher

er von dem Herrn ſelbſt veräußert werden kann), als rechtsbeſtändig an [13]). Nicht ſo die Römer; ihnen iſt die Freiheit ein unveräußerliches Gut; nur in eine ſittliche, dem natürlichen Familienverhältniſſe nachgebildete, die Freiheit nicht afficirende Abhängigkeit können ſie ſich begeben, doch nur mit Zuſtimmung des Volks. (Sogar ein indirectes und bedingtes Ergeben durch nexum bringt in Rom ſelbſt nur thatſächliche und temporäre Wirkungen hervor, rechtlichen Effect konnte es nur außerhalb Rom erlangen.) Wenden wir hierauf die Begriffsbeſtimmungen des Verfs. an, ſo kann es kaum einem Zweifel unterliegen, daß den Germanen die Berechtigung „ſubjectiv willkürlicher Selbſtbeſtimmung," welche bis zur Vernichtung ihrer ſelbſt gehen kann [14]), den Römern aber die „Be-

13) Seine Blutsverwandten können allerdings Widerſpruch einlegen; daß dieß aber aus ihrem eigenen Intereſſe an der eventuellen Erbſchaft des ſich zu eigen Gebenden hervorgeht, ergibt ſich aus Sachſenſp. III, 32. §. 8, welchen viele Handſchriften, darunter die Quedlinburger, mit „aber" dem §. 7 entgegenſtellen.

14) In einem Fall verſucht der Verf. eine Rechtfertigung der Veräußerung der Freiheit, nämlich bei Gelegenheit des von Tacitus angeführten Verſpielens der Freiheit. Er raiſonnirt ſo: die Ehre ſei das höchſte Gut, für deſſen Erhaltung der Menſch ſelbſt Leben und Freiheit hingeben müſſe; habe er nun ſeine Freiheit im Spiel eingeſetzt, ſo erfordere es ſeine Ehre, wenn er verloren, die Freiheit hinzugeben. Daß die Ehre fordern könne, die Freiheit hinzugeben, ſei dem Römer unverſtändlich und daher ſetze er bezeichnend hinzu: ea est in re prava pervicacia; ipsi fidem vocant (Schmidt, S. 178 N. 4.). Dieſe Argumentation iſt aber unrichtig. Auch der Römer hält es für gerechtfertigt, dem Tod und der Gefangenſchaft ſich auszuſetzen, um ſeine Ehre, namentlich die kriegeriſche, zu wahren, aber davon iſt hier nicht die Rede. Der Spielende ſetzt ſeine Freiheit nicht auf's Spiel, um ſeine Ehre zu wahren, ſondern aus Gewinnſucht oder aus Spielwuth veräußert er eventuell ſeine Freiheit. Weder nach römiſcher, noch nach germaniſcher ſittlicher Anſchauung kann es die Ehre fordern, ein unſittliches Verſprechen zu erfüllen, nur überall unſittliche Hartnäckigkeit kann dazu beſtimmen. Gilt es alſo bei den

rechtigung ſittlicher Selbſtbeſtimmung," welche als ſolche ſich nicht ſelbſt vernichten kann, zugeſchrieben werden muß [15]).

Dieſelbe Verſchiedenheit tritt hervor in der Behandlung einer Anzahl einzelner Rechtsinſtitute, namentlich des Eigenthums. Im germaniſchen Recht eine faſt unbedingte Fähigkeit zur dauernden Beſchränkung des naturgemäßen Inhalts eines Rechts, im römiſchen Recht Begränzung dieſer Befugniß durch die Natur des einzelnen Rechts ſelbſt. Dieſer Satz wird bei Beſprechung der einzelnen Rechte ſeinen Beweis finden, im Allgemeinen verweiſe ich auf die Ausführungen Ihering's [16]).

Germanen für ehrenhaft, ein ſolches Verſprechen zu erfüllen, ſo wird von Anfang an *vorausgeſetzt*, daß daſſelbe keine Unſittlichkeit enthalte. Der Römer geht natürlich von der entgegengeſetzten Vorausſetzung aus, ihm iſt das Verſprechen ſelbſt eine res prava und die pervicacia darin tadelnswerth. — Bezeichnend für den Verf. iſt aber die bei dieſer Gelegenheit gemachte Bemerkung über den Grund der Spielleidenſchaft der Germanen. Während Tacitus von einer tanta lucrandi perdendive temeritas ſpricht, ſagt der Verf.: „Dieſe Leidenſchaft hat bei den Germanen ihren Grund doch eben *nicht in der Gewinnſucht*, ſondern in der Gleichgültigkeit gegen Geld und Gut und in der Luſt zum Wagen."

15) „Das *Recht* auf Freiheit iſt zugleich eine *Pflicht*," „die Freiheit iſt als die Bedingung ſittlicher Entwickelung etwas über dem Menſchen Erhabenes, ein Gut, das er rechtlich weder ſich ſelbſt, noch ſeinen Nachkommen verkümmern kann." *Ihering* a. a. O. II. S. 223. 239.

16) a. a. O. II. §. 33: „Das deutſche Recht iſt von der ſcheinbar conſequenten Auffaſſung des Freiheitsbegriffs ausgegangen und hat faſt überall Unfreiheit geärntet, wo es die Freiheit geſäet hatte." (S. 222.) „Die abſtracte Freiheit des Subjects findet an der in dem einzelnen Inſtitut enthaltenen objectiven Freiheit ihr Ziel und Maß vor, eine Bahn, die ſie einhalten muß und ſoll, damit ſie nicht mit ſich ſelbſt in Widerſpruch gerathe." (S. 225.)

§. 16.

Verſchiedenheit der Folgerungen aus dem Freiheitsbegriffe.

1) Als erſte Folgerung aus dem römiſchen Freiheitsbegriffe wird angeführt „die Aufgabe des Staats, die Berechtigung ſubjectiv willkürlicher Selbſtbeſtimmung zu realiſiren," während aus dem germaniſchen Freiheitsbegriff, als Aufgabe des Staats, die Realiſirung der ſittlichen, d. h. objectiv ſittlichen Selbſtbeſtimmung ſich ergebe (ſ. §. 15).

2) Aus dem römiſchen Freiheitsbegriffe folge die „Nothwendigkeit republicaniſcher Verfaſſung und der Theilnahme des Einzelnen an der Staatsgewalt. Durch die Schranken, welche der Wille des Menſchen ſich ſelbſt ſetze, werde ſeine Freiheit nicht aufgehoben; dieß geſchehe nur durch ſeine Unterwerfung unter einen fremden Willen. Geſetzliche Beſchränkungen der natürlichen Freiheit ſeien zwar mit dem römiſchen Freiheitsbegriff an ſich verträglich, ſie müßten aber aus dem Willen der Einzelnen ſelbſt hervorgegangen ſein, oder doch aus demſelben hervorgegangen gedacht werden können, und dieß ſei nur dann der Fall, wenn das Recht der Geſetzgebung der Geſammtheit der einzelnen Staatsbürger zuſtehe. Um ſo nothwendiger ſei dieß, weil darin die einzig mögliche Garantie für den Einzelnen liege, daß der Staat ſeine Omnipotenz nicht zu ſeiner Unterdrückung mißbrauche. — Königthum und Freiheit ſeien nach römiſcher Anſicht entſchiedene Gegenſätze, weil die Römer eben ein beſchränktes Herrſchaftsverhältniß nicht zu conſtruiren vermöchten und die königliche Gewalt von ihnen nothwendig als eine abſolute gedacht werden müſſe. Wenngleich dieß vollſtändig nur von der Erbmonarchie gelte, da ein gewählter König eigentlich nur wie ein republicaniſcher Magiſtrat durch den Willen des Volks

herrſche, ſo ſei doch wegen des größern Umfangs und der Dauer ſeiner Rechte auch ein gewählter König oder Imperator mit der wirklichen Freiheit des Volks nicht wol vereinbar und könne daher nur als eine durch beſondere hiſtoriſche Umſtände gerechtfertigte Anomalie angeſehen werden. — Der germaniſche Freiheitsbegriff dagegen ſchließe zwar die Republik nicht aus, weil unter Umſtänden der höhere ſittliche Zweck des Staats auch in ihr erreicht werden könne, er führe aber principiell zur Monarchie, als der beſten Verfaſſungsform, weil der höhere ſittliche Zweck des Staats vor Allem eine feſte, energiſche und von der augenblicklichen Laune der Maſſen unabhängige Staatsgewalt fordere, er poſtulire aber daneben zugleich Garantien gegen den Mißbrauch der Staatsgewalt, und zwar feſtere als das allgemeine Stimmrecht biete.

3) Aus dem römiſchen Freiheitsbegriff wird endlich die Nothwendigkeit abſtracter Gleichheit des Rechts für alle Einzelnen gefolgert, der germaniſche Freiheitsbegriff dagegen verlange für jeden Lebensberuf das ſeiner Lebensaufgabe entſprechende Recht.

Nicht in der verſchiedenen Auffaſſung des Freiheitsbegriffs liegt die Urſache der verſchiedenen Staatsentwickelung bei den Römern und den Germanen, ſondern in den verſchiedenen Ausgangspuncten ihrer Geſchichte. Wäre es der römiſche Freiheitsbegriff, auf welchem die Republik beruhte, wie konnte die objectiviſtiſche griechiſche Anſchauung zu derſelben Staatsform und dazu gelangen, dieſe Staatsform für die allein gerechtfertigte zu halten? Wenn der germaniſche Freiheitsbegriff principiell zur Monarchie führt, als der beſten Verfaſſungsform, „weil der höhere ſittliche Zweck des Staats vor Allem eine feſte, energiſche und von der augenblicklichen Laune der

Maſſen unabhängige Staatsgewalt fordert," wie kann eine Rechtslehre, welche, wie die griechiſche, „die Realiſirung des Ethos für die unmittelbare Aufgabe des Staats hält [1]), zu entgegengeſetzten Reſultaten kommen? — Die verſchiedene Ausbildung der Verfaſſung bei den Römern und bei den Deutſchen geht aus der geſammten hiſtoriſchen Entwickelung beider Völker hervor und aus den verſchiedenen Ausgangspuncten beider. In Rom, wie in Griechenland entwickelte ſich der Staat aus der Stadt, in Deutſchland aus einem über ein großes Territorium verbreiteten Volk. Der Stadt aber entſpricht die republicaniſche, dem ausgebreiteten Volk die monarchiſche Staatsverfaſſung.

Die Gründe, welche Veranlaſſung dazu geben, daß bei einer zerſtreut lebenden Bevölkerung aus der patriarchalen Häuptlingsſchaft und Anführerſchaft im Krieg ſich ein ſtaatliches Königthum entwickelt, ſind bei einer auf die Stadt beſchränkten oder in derſelben ihren örtlich nahe liegenden Mittelpunct findenden ſtaatlichen Vereinigung nicht vorhanden. Der Begriff des Staats und damit die Ueberzeugung des Einzelnen von der Nothwendigkeit, ſich dem Willen deſſelben zu fügen, iſt vorhanden auch ohne das Vorhandenſein eines aus eigenem Rechte Herrſchenden, und die Vereinigung iſt fähig, auch ohne einen ſolchen feſten Mittelpunct leicht zu ſunctioniren. Die natürliche Folge davon iſt die Ausbildung einer republicaniſchen Verfaſſung mit Abſtreifung der etwa vorhandenen Gewalt des Einzelnen. Wenn dieſer Gewalthaber — der König — ſchon früher als nicht im Staat ſtehend, ſondern demſelben gegenüber geſtellt, als Herr deſſelben erſchien, ſo tritt dieſe Stellung deſſelben nach ſeiner Entfernung dem Rückblickenden noch weit prägnanter entgegen und je mehr die

1) Schmidt S. 53.

Erinnerung an die wirklichen Verfaſſungsverhältniſſe zur Zeit des Königthums zurücktritt, um ſo ſchroffer und in um ſo größerem Gegenſatz zur dermaligen Verfaſſung erſcheint das alte Königthum. Die Abſchaffung deſſelben ſtellt ſich den Nachkommen der Urheber dieſer Verfaſſungsveränderung als eigentliche Befreiung von dem Joche eines Herrn dar, und dazu trägt noch namentlich der Umſtand bei, daß, wenn, wie das häufig der Fall iſt, verfaſſungswidrige Handlungen des letzten Königs die letzte Urſache der Verfaſſungsveränderung wurden, dieſe nicht als Ueberhebungen eines Einzelnen, ſondern als Ausflüſſe des Königthums ſelbſt angeſehen werden. — Die Vorausſetzungen der republicaniſchen Verfaſſung ändern ſich nicht dadurch, daß die Stadt Territorien ihrer Gewalt unterwirft, ſo lange ſie ſelbſt nur im Gegenſatz zu denſelben Herrſcherin bleibt. Erſt wo dieſer Gegenſatz zwiſchen Stadt und Beherrſchten aufhört, jene in dieſen aufgeht, ſind die Bedingungen der Herrſchaft eines Einzelnen wieder vorhanden und es bildet ſich Alleinherrſchaft aus. — Die thatſächlichen ſtädtiſchen Verhältniſſe bedingen ebenfalls die in der republicaniſchen Verfaſſung ſelbſt vorgehenden Veränderungen, die allmälige Verallgemeinerung der urſprünglich nur bei einer gewiſſen Claſſe der Stadtbewohner befindlichen Fähigkeit, an der Stadtverwaltung Theil zu nehmen. — Die römiſche Verfaſſung entwickelt ſich in dieſer Weiſe, und wenn ſchon oben auf die Aehnlichkeit der Rechtsentwickelung in den deutſchen Städten aufmerkſam gemacht wurde, ſo iſt dieſe hier beſonders hervorzuheben.

Der Verf. behauptet, daß, da die Römer ein ſittlich beſchränktes Herrſchaftsverhältniß nicht zu conſtruiren vermocht hätten, die königliche Gewalt von ihnen nothwendig als eine abſolute habe gedacht werden müſſen. Das alte römiſche Königthum wird uns aber von den Römern ſelbſt nicht als

Despotie dargeſtellt; die von dem Verf. angeführte Stelle des Pomponius [2]) bezeichnet es ebenfalls nicht als ſolche, läßt es vielmehr als patriarchales erſcheinen, welches in einer Zeit entſtanden, wo das Recht von der Sitte noch nicht getrennt war, einen Rechtszuſtand und damit den Staat ſchuf. — Die Imperatorenherrſchaft tritt im Anfang als thatſächliche Vereinigung gewiſſer magiſtratiſcher Machtbefugniſſe auf und entwickelte ſich erſt allmälig zu einer feſteren Geſtalt, bedurfte aber noch lange Zeit einer, wenn auch ſpäter nur formellen, Anlehnung an die alte Staatsverfaſſung. Daß ſie ſich thatſächlich zu einem Despotismus ausbilden konnte, davon liegt der Grund in der Thatſache, daß die Römer es verſäumt hatten, den Uebergang aus der Stadtverfaſſung in die Reichsverfaſſung durch eine zweckentſprechende Behandlung der unterworfenen Provinzen anzubahnen [3]). Als daher der Uebergang namentlich auch durch die Einwirkung des Reichs auf die Stadt und die dadurch in dieſer vorgegangene Veränderung nöthig wurde, konnte ſich nur eine der beiden roheſten Verfaſſungsformen ausbilden, der Despotismus [4]). Bevor es zu der rechtlichen Feſtſtellung derſelben kam, iſt die Stellung des Imperators von unſerm heutigen Standpunct aus materiell dem ſ. g. beſchränkten Königthum an die Seite zu ſtellen. — Daß aber die Römer fähig waren, ein ſ. g. beſchränktes Königthum zu begreifen, zeigen die Berichte über derartige

2) L. 2 §. 1 de origine juris.

3) Ob und wie eine derartige Anbahnung möglich geweſen, oder ob die Ausdehnung der Herrſchaft der Stadt über die verſchiedenſten Gebietstheile nothwendig zum Untergang führen mußte, dieß zu unterſuchen gehört nicht hierher.

4) Die am anderen Ende der Reihe der möglichen Verfaſſungsformen, welche, wie der Despotismus, in äußerſter Conſequenz die Negation einer Verfaſſung enthält, die reine Democratie, war aus äußeren Gründen nicht möglich.

Verfaſſungsformen bei andern Völkern, welche keineswegs als Anomalien angeſehen werden, z. B. die Erzählungen des Curtius von dem Königthum der Macedonier, des Tacitus von dem der Gothen im Gegenſatz zum Despotismus bei den Suionen [5]). Gewöhnlich trat das Königthum allerdings als unbeſchränktes ihnen gegenüber, und ſo wird auch von dieſer Erſcheinung ausgegangen.

Bei den Germanen mußte man, wie bemerkt, zur Monarchie gelangen, da überall ein ganzes Volk von Anfang an den Staat bildete. Der Freiheitsbegriff hat damit nichts zu thun und das germaniſche Königthum entwickelte ſich nirgends im Gegenſatz zur Republik; ein Räſonnement, wie das des Verfs., „daß der höhere ſittliche Zweck des Staats vor Allem eine feſte, von der augenblicklichen Laune der Maſſen unabhängige Staatsgewalt erfordere," dem germaniſchen Mittelalter zuzuſchreiben, iſt deßwegen ein völliger Anachronismus. Der Gegenſatz des germaniſchen Königthums iſt der Nichtſtaat, denn das Königthum iſt, namentlich ſeit die Organiſation des Reichs auf der Lehnsverfaſſung beruhte, das den Staat ſelbſt zuſammenhaltende Element. Der König konnte gar nicht als außer dem Staat ſtehend und dieſem opponirt gedacht werden. Will man aber von einer Einwirkung des Freiheitsbegriffs auf die Ausbildung der germaniſchen Staatsverfaſſung ſprechen, ſo iſt dieß nur dann gerechtfertigt, wenn man von dem practiſchen Freiheitsbegriff, dem Streben der Einzelnen nach individueller Freiheit ausgeht, welches aber nicht, wie das in Rom der Fall war, die Freiheit im Staat, ſondern im Gegenſatz zum Staat ſuchte und daher der Ausbildung einer kräftigen Staatsgewalt hindernd in den Weg

5) Siehe Hugo Grotius, de jure belli ac pacis l. I. c. III. §. 20, 4, wo es aber ſtatt non precario regnandi jure — jure parendi heißen muß.

trat. Am deutlichſten und ſtärkſten tritt dieß hervor im deutſchen Reich, welches dieſem, allerdings nicht von den Maſſen, ſondern von den einzelnen mächtigen Reichsfürſten ausgehenden Unabhängigkeitsdrang erlag. Schon die Exiſtenz der Landeshoheit überhaupt iſt ein Product dieſes Strebens. Es könnte wol nicht leicht ein größeres Paradoron aufgeſtellt werden, als wenn man in conſequenter Schlußfolgerung aus den Sätzen des Verfs. behaupten wollte, im deutſchen Reich ſei der höhere ſittliche Zweck des Staats beſſer erreicht worden oder wenigſtens deſſen Erreichung leichter möglich geweſen, als in der römiſchen Republik. — Innerhalb der Territorien wurde der Staatsbegriff energiſcher gefaßt und conſequenter entwickelt, das Freiheitsſtreben der Einzelnen konnte auch dort weniger wirkſam entgegentreten. Diejenigen, welchen es möglich geweſen wäre, die Ausbildung der Landesſtaatsgewalt zu verhindern, hatten gerade ein Intereſſe an dieſer Ausbildung und concurrirten bei derſelben. Später, als auch ihre Intereſſen durch die Macht der Fürſten bedroht wurden, war der Widerſtand oft nicht mehr möglich. Die Verfaſſung der Territorien konnte ſich daher ſo entwickeln, daß die Theilnahme der Stände an der Staatsgewalt, wie ſchon oben bemerkt (S. 121), als Garantie gegen den Mißbrauch der Gewalt der Fürſten angeſehen werden kann, die Staatsgewalt ſelbſt ſich aber dabei doch kräftig ausbildete, während es geradezu unmöglich iſt, die Theilnahme der Reichsſtände an der Reichsgewalt als zweckmäßige Beſchränkung der kaiſerlichen Gewalt aufzufaſſen.

Der Verf. führt als eine Conſequenz des germaniſchen Freiheitsbegriffs die Verſchiedenheit des Rechts der Einzelnen im Gegenſatz zu der römiſchen Rechtsgleichheit an. Dieſe Verſchiedenheit iſt allerdings ein Product des germaniſchen Freiheitsſtrebens, dieſes muß aber freilich wieder als Streben der

Einzelnen nach natürlicher Freiheit aufgefaßt werden, welches gegen die Unterwerfung unter allgemeine Rechtsſätze oder unter die Autorität von Staatsorganen, namentlich aber auch gegen die Pflicht, zu den Staatslaſten beizutragen, gerichtet iſt. Zu allen Zeiten kommt dieſes Streben vor und erreicht ſo häufig ſeinen Zweck, daß dadurch eine große Rechtsungleichheit herbeigeführt wird. Die Hinwegräumung einer durch das Recht der natürlichen Freiheit aufgelegten Beſchränkung wird nun auch techniſch als Freiheit bezeichnet [6]). Da nun aber jedes Privileg als Hinwegräumung einer rechtlichen Schranke aufgefaßt werden kann, ſo wurde der Ausdruck Freiheit mit Privileg identiſch gebraucht und auch auf diejenigen Rechte angewandt, welche als Privilegien im Gegenſatz zum gemeinen Landrecht gegeben, reſp. als ſolche aufgefaßt und beſtätigt wurden (ſ. o. S. 60). So ſpricht man wol auch im Allgemeinen von der Städtefreiheit und verſteht darunter das beſondere in irgend welcher Weiſe entſtandene Stadtrecht; doch iſt in dieſer Bedeutung der Gebrauch des Wortes im Plural gewöhnlicher und richtiger — Landesfreiheiten, Ständefreiheiten u. ſ. w.

Viertes Capitel.

Die Ehre.

§. 17.

Die Ehre und ihr Verhältniß zum Recht.

„Der Begriff der Ehre, d. h. der in der äußern Achtung eines Menſchen ſich ausſprechenden Anerkennung ſeines Werths,

6) Selbſt Unfreie, Hörige wurden im Gegenſatz zu andern Unfreien deſſelben Herrn, welche größere Laſten zu tragen hatten, als freie Leute bezeichnet.

und seine Bedeutung für das Leben werden wesentlich bestimmt durch die Ansprüche, welche die Menschen an den Einzelnen in Bezug auf sein sittliches Verhalten machen und zu machen berechtigt sind, und diese Ansprüche hängen wiederum ganz davon ab, ob das Denken des Menschen von dem Begriffe des Subjects oder von der Voraussetzung eines allgemein gültigen Sittengesetzes ausgeht."

1) Dem subjectivistischen Princip zu Folge hat jeder Einzelne das unbeschränkte Recht, das Sittengesetz nach seinem subjectiven Ermessen auszulegen und zu behandeln, und es fehlt jede Berechtigung, an den Einzelnen bestimmte Ansprüche in Bezug auf sein sittliches Verhalten zu machen. „Das Erheben solcher Ansprüche ist eigentlich gar nicht möglich, denn das einzig mögliche Verlangen, daß die Handlungen des Einzelnen mit seiner subjectiven Auffassung und Auslegung des Sittengesetzes übereinstimmen, entzieht sich jeder objectiven Behandlung." Daraus folgt:

a) Jedem steht es zwar frei, die Handlungen Anderer nach dem Maße seiner subjectiven sittlichen Ueberzeugung zu messen und danach sein persönliches Verhalten gegen ihn einzurichten; diese Beurtheilung hat auch für den Beurtheilten große thatsächliche Bedeutung, namentlich in einer Republik, in welcher alle öffentlichen Aemter durch Volkswahlen besetzt werden: rechtliche Bedeutung hat sie aber nicht.

b) „Die Befugniß des Einzelnen, sein persönliches Verhalten gegen Andere durch sein subjectives Urtheil über ihren sittlichen Werth bestimmen zu lassen, geht nur so weit, als überhaupt die Berechtigung subjectiv willkürlichen Handelns reicht." Die Verachtung gegen einen Andern berechtigt nicht zum Eingriff in dessen Rechtssphäre, seine Qualität als Person muß respectirt und die vermöge derselben anzusprechende Achtung, existimatio, darf nicht verweigert werden. Diese

Existimatio hat mit dem sittlichen Werthe des Menschen nichts zu thun, sondern ist ein natürlicher Ausfluß der Persönlichkeit. „Eine Person ohne Existimatio kann nicht gedacht werden. Die Existimatio wird nur mit der Persönlichkeit selbst durch magna capitis deminutio vernichtet."

Nachdem diese Sätze aufgestellt sind, wird in der bekannten Weise ihre consequente Durchführung für unmöglich erklärt, wenigstens auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Daher die römische Lehre von der in ihren Wirkungen auf das Staatsrecht beschränkten Infamie, durch welche das Verhältniß der Ehre zum Recht im Uebrigen nicht verändert werde.

2) Durch die Anerkennung eines allgemein verbindlichen objectiven Sittengesetzes ist ein objectiver Maßstab für die Beurtheilung der Handlungen Anderer gegeben und die Menschen erscheinen berechtigt und verpflichtet, den sittlichen Werth des Einzelnen nach diesem Maßstab zu messen. — Nach germanischer Anschauung soll der Mensch überall seinen persönlichen Vortheil und seine subjectiven Neigungen den Forderungen der Sittlichkeit unterordnen und der Pflicht Alles aufzuopfern bereit sein. In dieser Bereitwilligkeit, in der Treue bei der Pflichterfüllung besteht sein sittlicher Werth — seine Ehre. „Die Ehre erhält daher auch ihren besonderen Inhalt und ihre nähere Bestimmung aus der Natur der besonderen Pflichten, welche dem Einzelnen vermöge seiner Stellung und Lebensaufgabe obliegen, und mit der Gliederung des Volks in verschiedene Berufsstände nimmt der Begriff der Ehre auch den Character der Standesehre und Amtsehre an, indem die Forderungen der Ehre sich z. B. für den Officier, Grundbesitzer, Richter, Geistlichen ganz verschieden stellen und von dem Einen diese, von dem Andern jene sittliche Eigen-

ſchaft beſonders gefordert wird“ [1]). — Da durch Staat und Recht ſittliche Zwecke realiſirt werden ſollen, ſo muß das ſittliche Verhalten des Einzelnen auch für ſeine rechtliche Stellung entſcheidend ſein und der Verluſt der Ehre Einfluß auf die Rechtsfähigkeit ausüben. Daher folgende zwei Principien:

a) Da von Ehrloſen eine Förderung ſittlicher Verbindungszwecke nicht zu erwarten iſt, ſo macht der Verluſt der Ehre genoſſenſchaftsunfähig und zieht den Verluſt derjenigen Rechte nach ſich, welche die Aufnahme in eine beſtimmte Genoſſenſchaft zur Vorausſetzung haben.

b) Weil das Recht ein dem Menſchen um eines höheren ſittlichen Zwecks willen verliehenes Amt iſt, von dem Ehrloſen aber der ihrem höhern ſittlichen Zweck gemäße Gebrauch der Rechte nicht vorausgeſetzt werden kann, ſo macht der Verluſt der Ehre rechtsunfähig, d. h. unfähig derjenigen Rechte, bei welchen der Character des Amts mehr hervortritt. —

Dieß die Darſtellung des Verfs. Vergeblich ſucht man in dem Texte dieſes Paragraphen eine Erwähnung der verſchiedenen Inſtitute, in welchem ſich im germaniſchen Rechtsleben eine Berückſichtigung des ſittlichen Verhaltens der Menſchen zeigt, und der verſchiedenen Stellung derſelben in den verſchiedenen Zeiten, ſo daß es ſcheint, als nehme der Verf. eine derartige Verſchiedenheit gar nicht an. Erſt ganz zum Schluß wird in einer Note der Unterſchied zwiſchen Rechtloſigkeit und Ehrloſigkeit berührt und erſtere als die Infamie des ältern, letztere als die des ſpätern Rechts bezeichnet.

Wir verſtehen unter Ehre den Zuſtand desjenigen, welcher ſeine ſittlichen Pflichten erfüllt, an und für ſich betrachtet

---

1) Schmidt S. 177. 178.

— dignitas. Die Anerkennung der Ehre einer Perſon heißt Achtung, dignatio, existimatio, welche wieder objectiv als Zuſtand der anerkannten Ehre gedacht werden kann — ebenfalls existimatio. Daſſelbe ſpricht der Juriſt in l. 5, §. 1 de extraord. cognit. aus: existimatio = dignitatis status comprobatus. Dieſe Begriffe gehören an und für ſich dem Recht nicht an. — Die Achtung kann zwar je nach der Ueberzeugung von der größeren oder geringeren Pflichttreue einer Perſon und namentlich nach der größeren oder geringeren Stärke dieſer Ueberzeugung ihrem Grade nach verſchieden ſein, ſie wird aber immer ſchon da vorhanden ſein müſſen, wo eine Ueberzeugung von einer Nichterfüllung der Pflicht nicht vorhanden iſt. Dieſe allgemeine Achtung hat aber dadurch auch nicht deutlich bemerkbare Conſequenzen, dieſe laſſen ſich vielmehr deutlich nur bei der Nichtachtung erkennen. Sie beſtehen im Allgemeinen in der Vermeidung einer Berührung mit dem nicht Geachteten. Daſſelbe Ausweichen findet ſich aber ohne poſitive Nichtachtung auch da, wo eine Nichterfüllung der Pflicht vermuthet wird, auf die Erfahrung hin, daß unter denſelben Vorausſetzungen, wie die in concreto vorliegenden, Andere ebenfalls ihre Pflicht nicht erfüllt haben. Hieraus bildete ſich in Zeiten, in welchen eine ſ. g. ſtrengere Sittlichkeit herrſcht, d. h. in der That, wo die ſittliche Anſchauung in roherer Weiſe mehr auf das Aeußerliche und den Erfolg der Handlungen gerichtet iſt, eine feſte Regel, durch welche ganze gewiſſe Berufe ausübende Claſſen von Perſonen von dem Lebensverkehr ausgeſchloſſen werden. Ja, dieſe Ausſchließung findet ſelbſt mitunter da ſtatt, wo eine ſolche Vermuthung der Unehrenhaftigkeit gar nicht vorliegt, das ſ. g. ſtrenge Sittlichkeitsgefühl aber in plumper Rohheit gewiſſe Pflichtverletzungen auch über die Perſon der Pflichtverletzenden hinaus ahndet. Dieß iſt der Fall in Betreff der Kinder von

ſolchen Perſonen, welche wegen ihres Berufs ausgeſchloſſen ſind, und der unehelichen Kinder. Wegen dieſer gleichen Behandlung kommt man nun leicht dazu, die ihres Berufs und ihrer Geburt wegen Vermiedenen mit den ihrer wirklichen Pflichtverletzung wegen Ausgeſchloſſenen in gleiche Linie zu ſtellen und hat wol auch die erſteren als ehrlos bezeichnet. Ich will nicht in Abrede ſtellen, daß die Volksanſchauung in der Ausübung mancher Berufe eine directe Verletzung der höheren Pflichten findet, gerechtfertigt iſt dieß aber nur dann, wenn auch ſchon die einzelne Berufshandlung an und für ſich eine Pflichtverletzung involvirt; wo dieß nicht der Fall iſt, wird die Anſchauung, daß der Beruf ſelbſt eine Unehrenhaftigkeit enthalte, einer genaueren Betrachtung als das Reſultat der oben angeführten Argumentation ſich darſtellen müſſen. Bei den ihrer Geburt wegen Ausgeſchloſſenen kann vernünftiger Weiſe an Pflichtverletzung nicht entfernt gedacht werden; völlig aus der Luft gegriffen iſt es aber, wenn der Verf. die Mißachtung der Unehelichen aus dem Mangel an Garantien der Pflichterfüllung von ihrer Seite erklärt [2]).

Nothwendige Vorausſetzung der Begriffe Achtung, Ehre

---

2) „Der auf der unehelichen Geburt haftende Makel und die daraus entſpringende Genoſſenſchaftsunfähigkeit iſt für das germaniſche Recht im höchſten Grade charakteriſtiſch. Unehelich Geborne können ohne Zweifel die zur Rechtsfähigkeit erforderliche perſönliche Tüchtigkeit und ehrenhafte Geſinnung haben; auch ſind ſie an der durch ihre Erzeugung begangenen Unſittlichkeit unſchuldig. In der Regel aber wird der Menſch das, was er iſt, durch die Erziehung, welche er empfangen hat, und eine Erziehung, wie ſie ehelichen Kindern ſittlicher Eltern zu Theil wird, empfangen uneheliche Kinder in der Regel nicht. Diejenige Geſinnung, welche bei einem unbeſcholtenen, von ſittlichen Eltern erzogenen Manne vorausgeſetzt werden darf, kann bei ihnen alſo nicht *vorausgeſetzt* werden, und gerade dieſe Vorausſetzung iſt Bedingung der Rechtsfähigkeit nach germaniſchem Princip.“ Schmidt S. 135 N. 3.

iſt die Anerkennung einer objectiven Sittlichkeit oder mit andern Worten einer in einer Geſammtheit gleichmäßig vorhandenen ſittlichen Anſchauung, denn auch in denjenigen Fällen, in welchen ein Individuum einem anderen ſeine Achtung entzieht, während dieß von anderer Seite nicht geſchieht, beruft ſich daſſelbe doch nicht auf ſeine individuelle Anſchauung als ſolche, ſondern auf die objectiv vorhandene Sittlichkeit, welche nur von Anderen nicht richtig erkannt werde.

Die in dem gewöhnlichen Verkehr vorkommende Ausſchließung des nicht Geachteten zeigt ſich auch im Rechtsleben. Hier iſt jedoch nothwendig, daß die Begriffe der Achtung und Nichtachtung ſchärfer beſtimmt werden. Dieß geſchieht dadurch, daß man mit Uebergehung derjenigen Fälle, in welchen die Ueberzeugungen der Individuen von einander abweichen, nur diejenigen Fälle berückſichtigt, welche eine deutlich erkennbare communis opinio als Fälle der Ehrloſigkeit anerkennt, alſo indem man ſich möglichſt ſtreng an das Objective anſchließt. — Die Wirkung im Rechtsleben iſt auch weſentlich keine andere, als die Ausſchließung. Dieſe iſt aber nur da nothwendig, wo der Einzelne eine Berührung mit Anderen nicht vermeiden kann, nicht aber da, wo ihm dieſe Vermeidung auch ohne Rechtsſatz möglich iſt, alſo nicht in dem privatrechtlichen Verkehr, ſondern auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts und vor Gericht.

In dieſer Weiſe hat nun auch das römiſche Recht das Verhältniß behandelt. Daſſelbe hat einen feſten juriſtiſchen Begriff aufgeſtellt, die infamia, und die Entſtehungsgründe und Wirkungen derſelben genau beſtimmt. Das Material dazu iſt aus der ſittlichen Anſchauung des Volks hergeholt. Wie wenig das Recht einen neuen Begriff geſchaffen, ſondern genau den in der ſittlichen Anſchauung vorhandenen aufgenom-

men und nur enger begränzt hat, geht deutlich aus der l. 2 de obsequiis parentibus praestandis hervor[3]).

Das römiſche Recht begnügt ſich aber nicht mit dieſer Berückſichtigung der Nichtachtung; auch da, wo eine Perſon nicht als infamis betrachtet wird, ſondern nur im Allgemeinen von der öffentlichen Meinung gebrandmarkt iſt, legt das Recht Gewicht auf letzteres. Außer in einigen wenigen Fällen, welche ſich erſt allmälig fixirten (z. B. der querela inofficiosi testamenti), wurden aber hierüber nicht feſte beſtimmte Rechtsſätze aufgeſtellt, ſondern dem Richter war es überlaſſen, in wie weit er die allgemeine Nichtachtung — turpitudo, vilitas — als vorhanden anerkennen und wie weit er Rechtswirkungen aus derſelben hervorgehen laſſen wollte.

Ganz in derſelben Weiſe iſt bei den Germanen der Einfluß der Ehre auf das Recht anerkannt. Die Terminologie iſt hier ſchwankend; das Wort Ehre wurde nicht in der aufgeſtellten allgemeinen Bedeutung gebraucht. Als eigentlich juriſtiſches findet ſich das ſeiner Wirkung nach als Rechtloſigkeit bezeichnete Inſtitut. Entſtehungsgrund iſt wie in Rom: Begehung gewiſſer unſittlicher Handlungen und Betreibung gewiſſer von der Volksſitte reprobirter Gewerbe; dazu kommt noch die uneheliche Geburt. Die Wirkung iſt Ausſchließung auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts und im Proceß.

Daneben finden wir nun aber noch eine weitere rechtliche

3) Die Sitte (res ipsa et opinio hominum), ſagt Julian, erkennt denjenigen für infamis, deſſen dolus oder ſpeciell injuria evident hergeſtellt iſt, das Recht jedoch nur den wegen dolus oder injuria suo nomine Verurtheilten. (Bei der Beurtheilung des ſchuldigen obsequium der Kinder ſoll dieſe ſittliche weitere Auffaſſung zu Grunde gelegt werden, und deßwegen wird den Kindern auch dann die Anſtellung der actio de dolo und injuriarum unterſagt, wenn die Aeltern ſich durch einen Procurator vertreten laſſen.)

Berückſichtigung des ſittlichen Verhaltens; die Ehrloſigkeit, die Treuloſigkeit zieht gewiſſe Nachtheile nach ſich. — Treue bezeichnet objectiv betrachtet, das als ſittliche Nothwendigkeit erkannte Fortbeſtehen eines gehörig begründeten ſittlichen Verhältniſſes, ſubjectiv betrachtet iſt ſie die Anerkennung der Nothwendigkeit dieſes Fortbeſtehens und in Folge deſſen das Fortbeſtehenlaſſen. Sie erſcheint demnach als Erfülltſein beziehungsweiſe als Erfüllung aller aus dem Verhältniſſe entſpringenden Pflichten. In dieſer allgemeinen Bedeutung würde nun aber der Treue die Ehre in der allgemeinen Bedeutung völlig entſprechen, und ſo will ſie der Verf. auch auffaſſen. Dieſe allgemeine Bedeutung rechtfertigt ſich jedoch keineswegs durch den Sprachgebrauch. Ebenſo, wie ſie heut zu Tage als eine nicht gäng und gebe künſtliche Abſtraction erſcheint, im Volke aber der Begriff auf gewiſſe Verhältniſſe beſchränkt wird, findet ſich eine ſolche Beſchränkung auch ſchon im Mittelalter, namentlich in der Rechtsſprache und vielleicht noch prägnanter vor. Man ſpricht von Treue da, wo eine Verpflichtung durch ein ſolennes Verſprechen übernommen iſt, namentlich aber bei dauernden Rechtsverhältniſſen, welche zwiſchen zweien oder mehreren Perſonen zum Zweck eines Schutzes nach außen begründet ſind, oder in welchen dieſe Schutzpflicht wenigſtens als weſentliches Moment hervortritt. Die erſte Art der Verhältniſſe pflegt auch dadurch begründet zu werden, daß von dem Einzelnen das Feſthalten an den ihm obliegenden Pflichten, welche zuſammen den Inhalt des Verhältniſſes ausmachen, feierlich gelobt wird — conjuratio der Städtebürger, der Gildegenoſſen, eheliches Verſprechen. Daſſelbe findet auch vielfach bei der zweiten Art in Betreff ſchon begründeter Pflichten ſtatt, gleichſam um die Erfüllung dieſer durch das beſondere Angelöbniß noch gewiſſer zu machen — Vaſallen- und Unterthaneneid. (Wo das die Ein-

zelnen verpflichtende Moment ſo evident hervortritt, wie bei Blutsverwandten, findet ein beſonderes Treugelöbniß nicht ſtatt.) Eine Verletzung der Treue in dieſer ſpeciellen Bedeutung bringt nun in vielen Fällen eine beſchränkte Rechtloſigkeit hervor und zwar iſt dieſelbe in ihren Wirkungen auf das Rechtsgebiet beſchränkt, innerhalb deſſen die Treuloſigkeit vorkam, auf die Stadt, die Zunft, die durch Lehnsabhängigkeit von demſelben Herrn verbundenen Perſonen u. ſ. w. Der Treuloſe wird aus dieſem Kreis ausgeſchloſſen, er verliert die Ehre deſſelben[4]) und die in dieſem Kreis begründeten Rechte — Ehrloſigkeit. Dieſe kann mit der allgemeinen Rechtloſigkeit zuſammenfallen und wird es namentlich da, wo die Treuloſigkeit gegen das Reich begangen iſt; ſie kommt aber auch ohne dieſelbe vor. — Von dieſer directen Wirkung der Treuloſigkeit, der Ausſchließung, iſt die indirecte zu unterſcheiden: Dritte bezeugen dem Ausgeſchloſſenen nicht mehr diejenige Achtung, welche ſie den Gliedern des Kreiſes, welchem er angehörte, zu bezeugen pflegten. Dieſe Nichtachtung hat aber eine rechtliche Bedeutung nicht erlangt. Eine ſolche Nichtachtung kommt auch da vor, wo gewiſſe Handlungen einen beſonders geachteten Zuſtand, z. B. den der weiblichen Keuſchheit (weibliche Ehre), aufheben, ohne daß irgend welche rechtliche Nachtheile dadurch entſtehen. Dieß ſpricht der Sachſenſpiegel 1, 5. §. 2 ausdrücklich aus.

Auf das behandelte Verhältniß mußte deßwegen näher eingegangen werden, weil der Verf. Treue und Ehre in der allgemeinen Bedeutung auffaßt. Nur einmal beruft er ſich

4) d. i. das beſondere ihm als Glied dieſes Kreiſes zukommende Anſehen. Ehre wird ſpeciell für den Vorzug, den eine beſondere Lebensſtellung hervorbringt, gebraucht. (Aehnlich wird auch bei den Römern der Ausdruck honos und dignitas gebraucht.)

zur Unterſtützung dieſer Auffaſſung auf ein Quellenzeugniß und zwar auf die Gloſſe zum Sachſenſpiegel. Dort heißt es nämlich (Gl. zu III, 78): „Wenn denn alle ere von der treu kompt, darumb ſo ſetzt er hie von der treu. Und die kompt von dreyerley ſach.“ Als erſte Treue wird die Lehnstreue, als zweite die Verwandtentreue angeführt und dann heißt es weiter: „die dritt treu die kompt von recht und von nutz, als die wir zu dem recht (und den Gerichten — iſt Zuſatz Zobel's) haben ſollen.“ Dieſe dritte Treue ſoll nun nach dem Verf. zeigen, wie allgemein der Begriff der Treue, aus der die Ehre ſtamme, im Mittelalter gefaßt werde, und welches Gewicht man gerade auf dieſe Treue gelegt habe, ergebe ſich aus einer Vergleichung der Gloſſe mit dem gloſſirten Artikel. Der angezogene Artikel unterſucht die Frage, ob jemand durch das ſpecielle Treuverhältniß, in welchem er zu einem Anderen ſtehe, an der Vollziehung der ihm zuſtehenden Rechte und Pflichten gehindert werde, und verneint dieſe Frage. In dem ganzen Artikel wird aber das Wort Treue immer nur auf das ſpecielle Verhältniß bezogen, obgleich ganz allgemein von „ſeiner Treue“ geſprochen wird. Die Pflicht, über den Lehnsmann zu richten, dem Gerüfte gegen Herrn und Mag zu folgen, wird nicht aus der höheren Treue abgeleitet, die Argumentation iſt vielmehr ganz einfach die, daß das Treuverhältniß nur innerhalb eines beſtimmten Umfangs Wirkungen äußere, keineswegs aber die rechtliche Stellung des Einzelnen ganz verändere. Die Gloſſe begnügt ſich aber nicht hiermit, ſondern in dem unglücklichen Streben nach einer gewiſſen Eleganz ſtellt ſie der ſpeciellen Treue die allgemeine gegenüber und begründet deren Aufſtellung unter Berufung auf römiſche und canoniſche Stellen mit einigen ſeichten Betrachtungen darüber, daß die Handhabung des Rechts unumgänglich nothwendig ſei.

Aus dem bisher Vorgebrachten ergibt ſich, daß das deutſche und römiſche Recht von demſelben Grundgedanken in Betreff der Rechtswirkungen der Achtung ausgegangen und daher auch zur Ausbildung weſentlich gleicher Inſtitute gekommen ſind. Daher trat aber auch bei der Reception des römiſchen Rechts eine ſolche Verſchmelzung beider Inſtitute ein [5]), daß es geradezu unmöglich iſt, zu beſtimmen, welches von da an in Deutſchland galt. Infamia und Rechtloſigkeit fielen, ſo weit ſie ſich deckten, ganz zuſammen. Einzelne Entſtehungsgründe aus dem einen und dem anderen Rechte blieben dabei beſtehen, und die Berückſichtigung der turpitudo ging aus dem römiſchen Recht mit über. Gelegenheit zu ihrer Berückſichtiguug war namentlich durch die Umbildung des Proceſſes gegeben.

§. 18.

Behandlung der Ehrverletzung.

Da nach der römiſchen Anſicht, ſo deducirt der Verf., niemand Anſpruch auf Anerkennung ſeines ſittlichen Werths habe, ſo könne auch kein beſonderes Delict der Ehtverletzung vorkommen. Ehrverletzung falle unter den allgemeinen Begriff der Verletzung der Perſönlichkeit — Injurie, welche auch ſolche Kränkungen der Perſönlichkeit umfaſſe, die zu der Ehre des Verletzten in gar keiner Beziehung ſtänden. Wegen Ehrverletzung werde daher auch nur die Injurienklage auf ein Geldquantum gegeben. Dieſe Klage anzuſtellen oder nicht, ſei dem Ermeſſen des Beleidigten überlaſſen. Erſteres würde bei einer ſpeciell anerkannten Ehrverletzung gefühlswidrig, Letz-

5) Daß die infamia im juſtinianiſchen Recht nicht mehr in voller Wirkſamkeit war, thut nichts zur Sache — in den juſtinianiſchen Rechtsquellen fand ſie ſich noch vor.

teres mit der Ehre unverträglich sein. Beides habe jedoch bei der generellen Behandlung der Injurie nichts Anstößiges.

Aus der nach germanischer Anschauung möglichen objectiven Messung des sittlichen Werths des Einzelnen und dem sittlichen Anspruch eines jeden auf Anerkennung dieses Werths folge die Selbstständigkeit des Delicts der Ehrverletzung. Der an seiner Ehre Gekränkte sei berechtigt, Genugthuung zu fordern, aber auch sittlich dazu verpflichtet. „Wer eine Beschimpfung ruhig hinnehme oder die Wahrheit eines ihm gemachten sittlichen Vorwurfs unerörtert lasse, verrathe damit entweder das Bewußtsein, daß die Beschimpfung eine verdiente sei, oder eine Gesinnung, welche mit der wahren Ehre unverträglich sei." Daher werde die Ehre nach germanischer Ansicht durch das ruhige Hinnehmen einer Ehrenkränkung beschimpft, durch Retorsion aber die nachtheilige Wirkung der Injurie abgewandt, da der Retorquirende zeige, daß er eine weitere Erörterung nicht scheue, dieselbe vielmehr provocire. Daher bestimmte sich auch die Bedeutung der Injurie und der Inhalt der dem Beleidigten dadurch auferlegten Pflichten wesentlich durch die Person des Beleidigers, weil der Verdacht, als sei die Ehrenkränkung verdient oder die Beschuldigung begründet, von dem Gewichte, welches auf das Urtheil und die Ehrenhaftigkeit des Beleidigers zu legen sei, abhänge. — Eine wirkliche Genugthuung könne nur darin bestehen, daß die Ehrenkränkung als unverdiente dargestellt werde, und dazu könne auch eine Geldstrafe dienen, nämlich da, wo das Bedürfniß der Bestrafung des Beleidigers hervortrete; wo es aber die Ehrenrettung des Beleidigten gelte, sei eine directere Beziehung der Genugthuung auf die Ehrenkränkung erforderlich, z. B. Widerruf, Abbitte, Ehrenerklärung. — Besonders klar offenbare sich das Wesen der germanischen Ehre in den Grundsätzen über das Duell.

Es bedarf nur einer Andeutung, um zu zeigen, wie völlig irrig die gegebene Darſtellung iſt, ſoweit es ſich um eine rechtliche Behandlung der Injurie handelt. Der Natur des römiſchen Criminalrechts iſt es gemäß, umfaſſende Categorien aufzuſtellen, ohne daß man deßwegen auf eine völlig gleiche Natur der in dieſelben fallenden Vergehungen ſchließen darf. Kann man ja doch deutlich die Injurie im engern Sinn von dem weitern Begriff des gegen die Perſon ohne Abſicht der Vermögensverletzung gerichteten Unrechts unterſcheiden, hebt der Prätor doch ſelbſt das convicium, die contumelia beſonders hervor. Wenn die Injurie im engeren Sinn „lediglich als Verletzung des Reſpects, welcher der Perſönlichkeit als ſolcher gebürt," aufgefaßt worden wäre, wie erklärt ſich da die verſchiedene Behandlung der Injurie nach dem Rang und dem Anſehen des Beleidigten? Die Perſönlichkeit des Römers ſoll ja nach dem Verf. ein beſtimmter feſter Begriff ſein, der einer Gradation nicht fähig iſt. Die Möglichkeit einer criminellen Behandlung der Injurie wird gar nicht erwähnt und ebenſowenig die den wegen Injurie Verurtheilten treffende Infamie. — Und nun das germaniſche Recht: Geldſtrafe und nichts als Geldſtrafe ſteht auf der Injurie, die leges haben für Ehrverletzungen dieſelben Compoſitionen wie für Körperverletzungen und zwar zum Theil feſte, wie die 12 Tafeln; die Rechtsbücher ſprechen dem Beleidigten eine Buße zu und daneben wie bei allen Bußen die Wedde dem Richter. Widerruf, Abbitte, Ehrenerklärung ſind Producte des ſpäteren Rechts nach der Reception des römiſchen Rechts. Was bezweckt der gerichtliche Zweikampf? Die Sühnung einer Injurie? Er bezweckte den Beweis der Wahrheit oder Unwahrheit der Beſchuldigung wegen eines Verbrechens, genauer noch, den Beweis der Verwirkung der compositio durch das Verbrechen. Der unterliegende Angeklagte mußte

zahlen oder wurde öffentlich beſtraft. Oder will man die Folgen des Zweikampfs beim Vindicationsverfahren hierher ziehen, ſo iſt es wieder Buße und Wedde, welche der Unterliegende wegen widerrechtlichen Behauptens oder Läugnens zu zahlen hatte. Nirgends eine Spur davon, daß das Tariren der Injurie in Geld dem germaniſchen Gefühl widerſtrebt hätte und wie iſt dieß auch, wo das geſammte Criminalrecht auf dem Compoſitionenſyſtem beruhte, denkbar?

Der Verf. will, wie erwähnt, das Weſen der germaniſchen Ehre beſonders klar in den Grundſätzen über das Duell ausgeſprochen finden, und ich halte es für nothwendig, ſeine Darſtellung wörtlich hier anzuführen. „Wenn die Ehre," ſagt er, „gerade das Product derjenigen Geſinnung iſt, welche Recht und Ehre höher ſtellt als jedes andere Gut, und Leib und Leben dafür zu opfern bereit iſt, wenn es ferner als der beſondere Beruf des waffenfähigen Mannes angeſehen wird, die höhere Rechtsordnung nöthigenfalls mit dem Schwerte zu vertheidigen, und wenn endlich die einzige wirkliche Genugthuung für den an ſeiner Ehre Gekränkten darin beſteht, daß der gegen ſeine Ehre erhobene Zweifel beſeitigt werde, ſo gibt es für den waffenfähigen Mann, der die Unwahrheit eines Vorwurfs oder das Unverdiente einer erlittenen Kränkung nicht anders darthun kann, auch kein geeigneteres Mittel dazu, als daß er der erlittenen Kränkung gegenüber thatſächlich den Beweis führt, daß ihm ſeine Ehre höher ſtehe als ſein Leben, und daß er lieber ſein Leben auf's Spiel ſetzen, als eine Beſchimpfung dulden wolle. In ſeiner vollen Bedeutung als Mittel zur Wahrung der Ehre erſcheint der Zweikampf freilich nur ſo lange, als ſein Ausgang für ein Gottesurtheil gehalten wird, weil nur unter dieſer Vorausſetzung das Widerrechtliche der Kränkung dadurch dargethan werden kann. Immer aber bleibt, auch nachdem dieſe Vorſtellung nicht mehr

damit verbunden wird und daher der Zweikampf als Beweismittel für andere Rechtsstreitigkeiten außer Anwendung gekommen ist, das Duell doch eine thatsächliche Documentirung derjenigen Gesinnung, welche von einem waffenfähigen Manne gefordert wird, und vorzugsweise die Grundlage seiner Ehre bildet, und weil das Unterlassen oder Ausschlagen einer Forderung den Verdacht des Mangels dieser Gesinnung erwecken könnte, dieser Verdacht aber dem Bewußtsein des Einzelnen als mit seiner Ehre unverträglich erscheint, hat das Duell sich auch trotz aller staatlichen Verbote erhalten, obgleich eine ethische Rechtfertigung desselben bei den völlig veränderten Lebenszuständen von Wenigen für möglich gehalten wird" [1]).

Auch in dieser Darstellung zeigt sich wieder eine Verkennung des richtigen Gesichtspuncts. Das moderne Duell hängt allerdings mit dem gerichtlichen Zweikampf historisch zusammen, aber gerade mit dem Zweikampf, wie er als Ausfluß der Selbsthülfe erscheint [2]). Ohne diese Auffassung ist ein Zusammenhang beider gar nicht zu construiren. Der vom Verf. angeführte Gemeinplatz, daß der Beleidigte durch den Zweikampf den Beweis führe, daß ihm seine Ehre höher stehe, als sein Leben, enthält eine Erklärung des Wesens des Zweikampfs darum nicht, weil eine Verbindung zwischen der Ehrverletzung und dem Exponiren des eigenen Lebens an und für sich nicht vorhanden ist. Das Exponiren des eigenen Lebens ist nur eine Consequenz des historischen Begriffs des Zweikampfs, nicht aber die ursprüngliche Absicht, welche zur Herbeiführung desselben bestimmt. Der Beleidigte hat vor Allem die Absicht, dem Beleidiger ein Leid zuzufügen, er ist der Angreifende, er bestimmt die Waffen, er beginnt den Kampf.

1) Schmidt S. 185.
2) S. o. S. 81.

Der moderne Staat gibt dem Beleidigten zwar Mittel an die Hand, Genugthuung für die Beleidigung zu erhalten, es kommt aber vor, daß dem Beleidigten das Maß oder die Art der rechtlich festgestellten Genugthuung nicht genügen, oder er hält den Richter nicht für fähig, die Bedeutung der ihm zugefügten Beleidigung gehörig aufzufassen und danach die Genugthuung festzusetzen; andere Mittel, wie Zurücknahme der Beleidigung durch den Beleidiger oder die Achtungserklärung von Seiten geachteter Personen sind nicht anzuwenden oder genügen ebenfalls nicht — er schreitet zur Selbsthülfe, d. h. er fügt dem Beleidiger ein dem durch die Beleidigung ihm gewordenen entsprechendes Uebel zu. Er kann die Zufügung der gleichen Art von Uebel für entsprechend halten — er retorquirt, oder er erkennt das Aequivalent nur in starkem körperlichen Leid. — Während es nun aber dem sittlichen Gefühl des Corsicaners und Albanesen nicht zuwiderläuft, den Beleidiger hinterrücks mit Waffen anzugreifen, während auch bei uns der formlose und unter ungleichen Verhältnissen vorgenommene unblutige Kampf nicht allgemein verschmäht wird — widerstrebt dieß doch gewissen Naturen und sie halten die Selbsthülfe nur mit gewissen Beschränkungen und unter gewissen Voraussetzungen für sittlich gerechtfertigt. Als derartige Beschränkungen und Voraussetzungen werden aufgestellt, daß der Angegriffene vorbereitet, zur Abwehr und zum Gegenangriff gerüstet ist, möglichst gleiche Verhältnisse für beide Kämpfer vorhanden sind, die Art und die Dauer des Kampfs entweder nach Zeit oder nach der Zahl der Angriffsversuche (Gänge) oder nach dem Erfolg im Voraus bestimmt ist, oder durch das Arbitrium Dritter festgestellt wird. Der Anschluß an die Formen des gerichtlichen Zweikampfs ist evident; eine Arbeit von Jahrhunderten hatte in diesem die Rache in ein

System gebracht und ihrer Ausübung alles Gefühlswidrige genommen, darum lag dieser Anschluß nahe.

Die Anschauung, daß für gewisse Beleidigungen nur durch Selbsthülfe Genugthuung geschafft werden könne, kommt aber nicht nur vereinzelt vor, sondern ist so sehr verbreitet und tritt in gewissen Lebenskreisen so sehr hervor, daß sie wenigstens in diesen Kreisen als objective Wahrheit angesehen wird. Hierdurch ist aber auch die Quelle, aus welcher dieser Satz hervorgeht, das Streben des Menschen, jeden Angriff abzuwehren, als sittlich anerkannt und damit die sittliche Pflicht zur Abwehr aufgestellt. Mit dem Satze, daß in gewissen Fällen nur durch Selbsthülfe Genugthuung verschafft werden könne, fällt also immer der Satz, daß diese Selbsthülfe geübt werden müsse, zusammen; es erscheint in denjenigen Kreisen, in welchen der erste Satz als objective Wahrheit aufgestellt wird, derjenige, welcher sich der dadurch bedingten Pflicht entzieht, als seiner Pflicht ungetreu und verfällt mithin der Nichtachtung. Diese Nichtachtung kann jedoch durch Berücksichtigung des Grundes, warum der Beleidigte nicht zur Selbsthülfe schreitet, gemindert, ja selbst ganz aufgehoben werden. Dieß geschieht dann, wenn als Grund eine mit der Verpflichtung, zur Selbsthülfe zu schreiten, collidirende andere Pflicht vorliegt. In einem solchen Collisionsfalle ist eine Untersuchung der Stärke dieser Pflichten anzustellen und das individuelle Ermessen hat dabei oft einen großen Spielraum. In Einem Fall kann aber eine Collision nicht angenommen werden, wenn nämlich lediglich die Pflicht der Selbsterhaltung opponirt wird (ich sage *lediglich*, denn der Fall der Erhaltung für Andere kann allerdings einen Collisionsfall bilden), denn durch das Aufstellen dieser Pflicht würde der objectiv feststehende Satz von der Sittlichkeit der qualificirten (d. h. nur durch das Exponiren der eigenen Person möglichen)

Selbſthülfe negirt. Geht man nun aber von der Sittlichkeit dieſer Selbſthülfe aus, ſo muß das aus dem Streben nach Selbſterhaltung hervorgegangene Vermeiden der Selbſthülfe als ungerechtfertigt erſcheinen, fällt alſo unter den Begriff der Feigheit, als der ſittlich nicht gerechtfertigten Vermeidung einer Gefahr.

Auch wo der Beleidigte den Selbſterhaltungstrieb nicht ausdrücklich als Grund des Vermeidens der Ausübung der Selbſthülfe anführt, aber auch andere Gründe nicht vorbringt, oder dieſe nicht als ſtichhaltig erſcheinen, entſteht leicht der Verdacht, daß der Selbſterhaltungstrieb doch in der That das beſtimmende Moment ſei, und Nichtachtung trifft den Beleidigten wegen Nichterfüllung ſeiner Pflicht. — Wenn daher mancher Einzelne, welchen ſein lebendiges Rachegefühl an und für ſich nicht zur Selbſthülfe drängen würde, zu derſelben dennoch ſchreitet, ſo geſchieht dieß in der Abſicht, um der aus der Präſumtion der Feigheit entſpringenden Mißachtung zu entgehen, und mit Bezug auf die Häufigkeit dieſer Erſcheinung findet man wol den Satz ausgeſprochen, daß man ſich ſchlage, um nicht als feig angeſehen zu werden, oder, wie der Verf. ſagt, „um thatſächlich den Beweis zu führen, daß die Ehre höher ſtehe, als das Leben.“ Die Natur des Duells iſt aber dadurch keineswegs ergründet, im Gegentheil wird durch dieſe Auffaſſung die Vollziehung deſſelben für eine Unſittlichkeit erklärt, denn in der Aufſtellung eines derartigen Satzes liegt der Hintergedanke, daß eine Rechtfertigung des Duells ſtreng genommen nicht möglich ſei, der Einzelne aber aus Utilitätsgründen ſich einem beſtehenden Vorurtheil füge.

Bisher wurde nur von der Perſon des Beleidigten ausgegangen; es bleibt noch die Stellung des Beleidigers zum Duell zu unterſuchen. Eine Pflicht, der Selbſthülfe ſich als Object darzubieten, kann an und für ſich nicht aufgeſtellt

werden. Den rohen Gebirgsbewohner, der ſich der Tragweite der Flinte des Beleidigten entzieht, trifft kein Vorwurf. Iſt aber die abſolute Selbſthülfe für unſittlich erklärt und nur die durch Einräumung der Vertheidigungsmöglichkeit und der möglichſt gleichen Chancen für beide Kämpfer qualificirte Selbſthülfe für ſittlich anerkannt, ſo iſt mit dieſer Begünſtigung für den als Object der Selbſthülfe erſcheinenden Beleidiger zugleich die Verpflichtung aufgeſtellt, ſeinerſeits die zur Ausübung der als Duell qualificirten Selbſthülfe erforderliche Thätigkeit vorzunehmen, ſobald ihn der Beleidigte durch die Ausforderung, d. h. durch die Erklärung, zur Ausübung der qualificirten Selbſthülfe ſchreiten zu wollen, dazu auffordert. Weigert er ſich durch Worte oder thatſächlich, ſo handelt er dadurch pflichtwidrig und erfährt in Folge davon Nichtachtung. Hierbei iſt aber nothwendige Vorausſetzung, daß die Selbſthülfe ſelbſt und damit die Herausforderung als gerechtfertigt erſcheint. Nicht gerechtfertigt iſt dieſe aber einmal, wenn der Beleidigte ſich in dem Zuſtande der Ehrloſigkeit befindet und die Beleidigung ſich auf dieſen Zuſtand bezog, indem ſie entweder nur in der Erwähnung dieſes Zuſtands oder der denſelben hervorbringenden Urſache beſtand oder ein durch den Zuſtand gerechtfertigtes Urtheil enthielt [3]). Iſt die Exiſtenz eines ſolchen Zuſtands erwieſen, ſo braucht ſich der Beleidiger nicht nur der Forderung des Beleidigten nicht zu ſtellen, ſondern er darf es ſelbſt unter Umſtänden nicht, ohne ſeine Achtung auf's Spiel zu ſetzen. Ferner kann der Beleidiger ſelbſt eine Genugthuung anderer Art anbieten. Iſt die Beleidigung der Art geweſen, daß Widerruf und Ehrenerklärung nach der Anſicht

3) Verläumdung und eigentliche Injurie ſind in Bezug auf das Duell gleich zu behandeln; die höhere Bedeutung des erſteren liegt häufig nur in ihrer größeren Specialiſirung.

der Lebenskreiſe, welchen der Beleidigte angehört, als entſprechende Genugthuung erſcheinen, ſo ſtellt ſich die Selbſthülfe als nicht gerechtfertigt dar. Erſcheint aber die Ehrenerklärung als nicht entſprechende Genugthuung oder weigert ſich der Beleidiger, eine derartige Genugthuung überhaupt oder in entſprechend erachteter Weiſe zu geben, ſo iſt die Selbſthülfe gerechtfertigt. Eine Colliſion mit andern Pflichten iſt hier (immer natürlich nach den Anſchauungen der beſonderen Kreiſe) nicht denkbar, da der Beleidiger durch eigene willkürliche Handlungen die Verpflichtung herbeigeführt hat [4]). Jedes Ausſchlagen der in concreto gerechtfertigten Selbſthülfe ſtellt ſich ſonach als Pflichtverletzung dar. Ueber den präſumirten Grund dieſer Pflichtverletzung gilt daſſelbe, was oben von der Pflichtverletzung des Beleidigten geſagt iſt.

Wird durch die Nichtannahme der Herausforderung die Vornahme des Zweikampfs unmöglich, ſo hat der Beleidigte durch die Herausforderung ſelbſt ſeiner Verpflichtung genügt, er erhält aber auch durch die den Beleidiger treffende Nichtachtung eine Genugthuung für die Beleidigung.

Die Art der Beleidigung iſt im Ganzen in Bezug auf das Duell gleichgültig, höchſtens hat die größere oder geringere Stärke derſelben einigen Einfluß. Auch mit dem Weſen einer ſ. g. Standesehre hat das Duell an ſich nichts zu thun. Nicht bloß bei Ehrverletzungen, welche nur innerhalb eines gewiſſen Kreiſes als ſolche oder als beſonders gravirend angeſehen werden, ſchreiten Angehörige dieſes Kreiſes zum Duell,

4) Die als collidirend behauptete Verpflichtung hätte ihn von der Vornahme der Beleidigung abhalten ſollen. Gewiſſe Sätze, z. B. daß für beleidigende Handlungen, welche im Dienſt vorgenommen ſind, der Beleidiger ſich nicht zu ſtellen brauche, widerſprechen nur ſcheinbar. Dieſer Satz ſagt nur, daß eben wegen des dienſtlichen Charakters des ſ. g. Beleidigers eine Beleidigung gar nicht vorliege.

ſondern auch bei allgemein anerkannten Ehrverletzungen; in einem ſolchen Kreis wird nur den übrigen Pflichten, deren Ausübung die Ehre bedingt, noch die Duellpflicht hinzugefügt. — Dieſe ſpecielle Pflicht aber beruht auf der Anſicht von der Sittlichkeit der Selbſthülfe, alſo, da der Staat die Selbſthülfe ausſchließt, auf einer antiſtaatlichen Tendenz. Will man deßwegen aus der unzweifelhaft von vielen Einzelnen und manchen Lebenskreiſen anerkannten Rechtfertigung des Duells einen Schluß ziehen, ſo kann es nur der ſein, daß die moderne Staatsidee noch keineswegs allgemein in dem Bewußtſein des Volks lebt.

Die Richtigkeit der gegebenen Darſtellung ergibt ſich auch aus der üblichen Bezeichnung der Anſchauung, welche das Duell rechtfertigt, als *ritterlicher*. In den Städten hat ſich die moderne Staatsidee am Frühſten realiſirt und dort wurde der Selbſthülfe folgeweiſe am Energiſchſten entgegengetreten; auch in ihrer gerichtlichen Anwendung ſchloß man ſie aus. Die Hörigen hatten von Anfang nicht die Befugniß, die Pfleghaften verloren die thatſächliche Fähigkeit, Selbſthülfe zu üben; ihr Subjectionsverhältniß bildete ſich leicht zum Unterthanenverhältniß aus und das Staatsprincip konnte in allen Conſequenzen bei ihnen zur Geltung gelangen. Es blieben nur noch die ritterliche Lebensweiſe Führenden als befugt und befähigt zur Selbſthülfe, und ihre politiſchen Verhältniſſe ließen in ihnen am ſpäteſten und unvollkommenſten das Staatsprincip zur Anerkennung gelangen. Daher erhielt ſich auch in ihnen die Idee von der Sittlichkeit der Selbſthülfe am längſten, daher bildete ſich gerade in ihnen das moderne Duell aus [5]) und wird als ein ihnen ſpeciell zugehö-

5) Der Anſchluß des Duells an die Waffenübungen der Rittermäßigen — die Turniere — war von großem Einfluß auf die Ausbildung deſſelben.

rendes Institut aufgefaßt [6]). Erst von da an, wo ihre specielle staatliche Stellung aufhörte, verallgemeinerte sich die Anerkennung und Anwendung des Duells, ohne daß sich jedoch das Bewußtsein seines nächsten (ritterlichen) Ursprungs verloren hätte [7]).

Wenn auch das ritterliche antistaatliche Element noch in der heutigen Gesellschaft sich vorfindet, so hat es doch im modernen Staat keinen Platz mehr [8]), eben so wenig konnte es von Anfang an im antiken Staat einen Platz finden. Der moderne Staat muß daher das ritterliche Institut des Duells reprobiren, im antiken konnte es gar nicht zur Ausbildung gelangen. Der römische eques war ein Staatsbürger, der den Staat und dessen Recht anerkennt, wie jeder Andere und (nebst seinem Vortheil) seine Ehre in der Besorgung der Finanzgeschäfte des Staats fand.

---

6) Auch in demjenigen Kreise, in welchem das Duell speciell anerkannt und besonders ausgebildet wurde, dem der deutschen Studenten, hängt diese Anerkennung mit der Ansicht von der Sonderstellung im Staat und dem Erhabensein über die für den Staatsbürger (den Philister) festgesetzten Bestimmungen zusammen.

7) Auch die romantischen Traditionen vom alten Ritterthum mögen auf die Bildung dieses Begriffs des Ritterlichen von Einfluß gewesen sein. In diesen Traditionen treten uns aber gerade Zustände entgegen, welche mit dem modernen Staat in noch directerem Widerspruch stehen, als die wirklich vorhanden gewesenen, und in diesen antistaatlichen Zuständen liegt auch für die Tradition die Rechtfertigung des Ritterthums.

8) Soweit die Ritterlichkeit im Gegensatz zum Egoismus und ausschließlichen Streben nach Gelderwerb als aufopfernde Hingebung für Andere oder als Erfüllung speciell oder in höherem Maße dem Ritter aufgelegter Pflichten erscheint, z. B. im Krieg, gegen Frauen, gegen das Staatsoberhaupt kann sie, wenn man von den einer überwundenen Zeit angehörigen Modalitäten ihrer Erfüllung abstrahirt, natürlich auch in dem modernen Staat geübt werden.

§. 19.

Einfluß dieſer Principien auf die Beweislaſt im Proceß.

An die Spitze wird der Satz geſtellt, daß die Ehre des Menſchen nicht nur durch wirklich begangene Unſittlichkeiten leide, ſondern ſchon durch den Verdacht ſolcher Handlungen, daß daher ein ehrenhafter Menſch das Bedürfniß fühle, ſich von dieſem Verdachte zu reinigen. Dieſer Geſichtspunct ſoll für die Regulirung der Beweislaſt im Proceß von Wichtigkeit ſein.

Es wird nun die römiſche Lehre kurz vorgetragen, nach welcher dem Kläger der Beweis obliege, der Beklagte, wenn der Beweis nicht erbracht ſei, freigeſprochen werde, ihm aber auch das Recht des Gegenbeweiſes zuſtehe. Da hiernach das Urtheil nur ausſpreche, daß der Kläger ſeinen Klaggrund nicht habe beweiſen können, eine Gewißheit darüber, wer von den ſtreitenden Theilen im Rechte ſei, aber nicht herbeigeführt werde, „ſo bleibe auf beiden Theilen der Verdacht wahrheitswidriger Beſchuldigungen und beziehungsweiſe unehrlichen Läugnens haften.“ Conſequent habe dieß Princip aber wieder nicht durchgeführt werden können, vielmehr habe „theils das Peinliche, was unter Umſtänden in einem ſolchen Verdachte liege, theils das Intereſſe der Sittlichkeit, welches durch frivoles Proceſſiren zu ſehr gefährdet werde, verſchiedene Modificationen herbeigeführt — die poena dupli für frivoles Läugnen, die Verpflichtung zur Annahme eines angetragenen Eids, das juramentum und das judicium calumniae u. ſ. w. Es ſei aber dem Ermeſſen der Parteien überlaſſen geblieben, ob ſie von dieſen Modificationen Gebrauch machen wollten, und jedenfalls ſei dabei das Princip ſalvirt geblieben, daß im Civilproceß nur formelle Wahrheit herbeigeführt werden ſolle.“

Nach dem germaniſchen Recht habe der Kläger natürlich gleichfalls die Pflicht, die Exiſtenz ſeines Rechts darzuthun, auch der Beklagte müſſe aber eine dem wirklichen Recht entſprechende Entſcheidung herbeiführen helfen, die Ehre geſtatte es ihm nicht, ſich auf ein bloßes Läugnen des Klaggrunds zu beſchränken und den Beweis zu erwarten. Es ſei Ehrenſache für den Beklagten, ſeine Unſchuld darzuthun, „daher nehme das ältere germaniſche Recht neben der Beweispflicht des Klägers auch eine Beweispflicht des Beklagten an und lege dem Kläger nicht ohne Weiteres den Beweis des Klaggrunds auf, ſondern laſſe, bevor es dazu komme, eine Unterſuchung der Frage voraufgehen, ob der Beklagte für berechtigt gehalten werden könne, den Klaggrund zu läugnen und verurtheile denſelben, wenn er nicht mindeſtens ſeine Unſchuld eidlich erhärten und die erforderliche Anzahl von Eideshelfern, welche den Glauben an die Gerechtigkeit ſeiner Sache beſchwören, herbeiſchaffen könne, oder auf ein Gottesurtheil provocire.“ Der Eid des Beklagten ſei ein ſubſidiäres Beweismittel geweſen und habe ſich von dem juramentum delatum darin unterſchieden, daß der Beklagte ein Recht auf denſelben gehabt habe, ſich von dem Verdacht zu reinigen, „die Gemeinde aber eine ſolche Reinigung gefordert habe“ und „daß nur derjenige zu dieſer Reinigung zugelaſſen worden ſei, der die erforderliche Anzahl von Eideshelfern von ſeiner Unſchuld zu überzeugen vermocht hätte.“

In dieſer Darſtellung des germaniſchen Beweisverfahrens iſt nicht weniger als Alles irrig aufgefaßt. Dem Beklagten iſt nirgends eine Beweispflicht auferlegt, die Gemeinde fordert die Ableiſtung des Reinigungseids nicht; der Beklagte braucht zu ſeinem Eid nicht unbedingt Eideshelfer zuzuziehen, keinesfalls mehr, als der Kläger beibringen müßte; der Satz, actore non probante reus absolvitur, gilt auch im deutſchen

Proceß. Der hier intereſſirende Unterſchied von dem römiſchen Beweisverfahren beſteht neben anderen nicht zu berührenden Verſchiedenheiten darin, daß der eigentliche Zeugenbeweis faſt gar nicht vorkömmt, ein zuſammengeſetzter künſtlicher Beweis nicht möglich iſt, daher, wo Gerichtszeugniß oder Urkunden nicht vorliegen, Alles auf den Eid geſtellt wird, und zwar wird dieſer nicht deferirt, ſondern von dem Producenten ſelbſt, allein oder mit Eideshelfern, erbracht. Da auf dieſe Weiſe ein directer Gegenbeweis überall geführt werden kann, Beweis und Gegenbeweis aber, mit gleichen Mitteln erbracht, einander meiſt mit gleicher Stärke gegenüber ſtehen, ein Reſultat alſo nicht erreicht werden würde, ſo mußte ein Ausweg ergriffen werden, und dieſer beſtand darin, daß man die eine Partei vor der andern zum Beweis zuließ und folgeweiſe, wenn der Beweis erbracht war, die andere mit ihrem Beweis ausſchloß. Dadurch erſchien nun der Beweis nicht als Pflicht, ſondern als Recht[1]) und die wichtigſte Frage für den Beweis iſt, wer näher zum Beweis ſei, d. h. wem im einzelnen Fall das Recht, eine von einer oder der andern Partei vorgebrachte Behauptung, beziehungsweiſe deren Gegentheil, zu beweiſen, zuſtehe. Planck hat aus den oft ſcheinbar ſich widerſprechenden Beſtimmungen das Princip herausgefunden: Näher zum Beweis iſt der Angegriffene, d. h. derjenige, welcher behalten will, gegen denjenigen, der ihm abgewinnen will, — derjenige, welcher im Begriff iſt zu verlieren, während der Andere gewinnt[2]), namentlich alſo der Beſitzer, der um Schuld Beklagte und der eines Verbrechens

1) Dieß hat Planck, das Recht der Beweisführung, Zeitſchr. f. d. R. B. X. S. 205 ff., vollſtändig erwieſen.

2) Planck a. a. O. S. 230, 232, 233. Dieſes Princip wird in äußerſt ſcharfſinniger Weiſe für die verſchiedenen Klagarten durchgeführt.

Angeſchuldigte. Hiernach braucht der Beklagte (oder der in Bezug auf einen einzelnen Punct ſich als Angegriffener Herausſtellende) den Gegner gar nicht zum Beweis kommen zu laſſen; macht er aber von ſeinem Beweisrechte nicht Gebrauch, ſo hat er deßwegen noch nicht unterlegen, ſondern erſt, wenn der Gegner nun wirklich ſeinen Beweis führt; erbringt er ihn nicht, ſo kann eine Verurtheilung nicht erfolgen. Nach römiſcher und heutiger proceſſualiſcher Anſicht kann man das Verhältniß ungefähr ſo bezeichnen: der Angegriffene hat das Recht auf die Priorität des directen Gegenbeweiſes [3]).

Gegen die Behauptung des Verfs., daß die Gemeinde vom Beklagten die Reinigung von einer Anklage fordere, kann, da er keinen Beleg für dieſelbe beibringt, weiter nichts vorgebracht werden, als daß ein ſolcher Satz nie exiſtirt habe [4]).

---

3) Vergleicht man dieſe Sätze mit den entſprechenden des römiſchen, beziehungsweiſe heutigen Beweisverfahrens und betrachtet auch hier nur den Eid als Beweismittel, ſo ſtellt ſich heraus, daß man auch nach dieſen zu denſelben materiellen Reſultaten gelangt. Der Producent beweiſt durch den Eid des Producten, die Rolle des Letzteren iſt alſo die vortheilhaftere und jeder ſucht den Beweis als Laſt auf den andern zu wälzen, ſich aber den Vortheil des Eides zu verſchaffen. Wenn der Product ſeinen directen Gegenbeweis mit dem Eid des Producenten führte, ſo ſtänden möglicher Weiſe zwei Beweiſe mit gleicher Kraft einander gegenüber; um dieß zu vermeiden, kann beim directen Gegenbeweis Eideszuſchiebung nicht ſtattfinden. Zum Eid gelangt daher, wie im deutſchen Proceß, der Angegriffene — der Unterſchied iſt nur, daß er allein dazu gelangt — nach deutſchem Verfahren aber nur vor dem Angreifer. — Eine Aehnlichkeit bietet noch der nothwendige Eid. Dieſer, mit welchem die Partei ſelbſt beweiſt, kann nur von einer Seite geleiſtet werden. Wenn, was bei ſeiner Natur vorerſt entſcheidet, der eine Beweis nicht ſchon ſtärker iſt, als der entgegenſtehende, auch aus der Glaubwürdigkeit und Sachkenntniß der Parteien kein Argument gezogen werden kann, ſo wird ſchließlich der Angegriffene für näher zum Eid erklärt werden müſſen. (Bayer, Verträge. 7. Aufl. S. 541.)

4) Vergl. oben S. 83 N. 12.

Man möchte wol fragen, wie der Verf. dazu gekommen ſei, ſo völlig unbegründete Sätze aufzuſtellen. Ich glaube die Antwort gefunden zu haben in der „Anwendung dieſer Grundſätze auf das Vindicationsverfahren," welche der Verf. folgen läßt. Das germaniſche Vindicationsverfahren wird hier nämlich zum Theil ganz richtig dargeſtellt, zum Schluß aber durch einen freilich allen Quellen widerſprechenden Satz dem Ding eine ſolche Wendung gegeben, daß man daran verzweifeln müßte, das erwähnte Verfahren, wenn es wirklich ſo vorgegangen wäre, in irgend einer Weiſe zu rechtfertigen und den Erklärungsverſuch des Verfs. allenfalls paſſiren laſſen könnte. In dieſem Satz ſoll nun auch der Gegenſatz zwiſchen dem römiſchen und germaniſchen Princip beſonders klar hervortreten, und die von dem Verf. gegebene Darſtellung der Beweisregulirung beſteht in Nichts, als einer Generaliſirung des ſo entſtellten Vindicationsverfahrens.

„Die ſtreitige Sache muß er (der Beklagte) ohne Eigenthumsbeweis an den Kläger herausgeben," ſagt der Verf. S. 191 mit dürren Worten. Alle Quellen, die von der Klage mit Anvang handeln, ſchreiben aber dieſen Eigenthumsbeweis vor [5]); bis derſelbe geliefert iſt, behält auch der Be-

---

5) Sachſenſpiegel II, 36 §. 4. of he ſik dar to tüt uppe'n hilgen ſelve dridde vulkomener lüde an irme rechte, die dat weten dat it ime düflike oder roflike geloſet ſi. §. 7. Selve dridde ſal he ſik dar do tien de't anevanget hevet; of jeme burſt wirt an deme geweren. — Rechtsbuch nach Diſtinctionen (Ortloff) IV, 9 Diſt. 4. Z. 47 u. 66 enthält dieſelben Sätze wörtlich. — Schwabenſpiegel (Laßberg) 317 und ſol jener dez ez da iſt ſwern, daz ez im verſtoln ſi oder geroubet. — Goslarſche Statuten (Göſchen) S. 98 Z. 19 ff. We en gut beholden wel, dat he gheanevanghet heft, de ſchal ſpreken, do he dat gut nilkeſt ſeghe, dat it do ſin were unde noch ſin ſi: dat ime god alſo helpe unde de hillegben. Dar na ſcollen twene bederve man ſweren, dat de edh reyne

klagte, welcher ſeinen Beweis nicht hat erbringen können, die ſtreitige Sache[6]). — Nur die Art der Darſtellung in unſern Quellen läßt das Beweisverfahren bei der Vindication geraubter und geſtohlener Sachen als beſonders eigenthümlich erſcheinen, während es ſich, was die Stellung der Parteien betrifft, als dem römiſchen und modernen Recht ziemlich ähnlich darſtellt. Der Kläger beweiſt hier wie dort ſein Recht, der Beklagte hat den directen Gegenbeweis zu führen. Dieſer geſtaltet ſich hier wie dort nach der Erwerbsart, welche der Reproducent für das Recht an der Sache behauptet, verſchieden; die Verſchiedenheit iſt nichts weniger als eine germaniſche Eigenthümlichkeit. Betrachten wir die drei Fälle, welche der Sachſenſpiegel aufſtellt. Auch nach römiſchem und heutigem Recht kann der Beklagte den originären Erwerb zum Gegenſtand ſeines Beweisthemas nehmen (reſp. derſelbe wird ihm ſeinem Vorbringen gemäß heut zu Tage ſo formulirt); erbringt er dieſen, ſo obtinirt er. Behauptet er derivativen Erwerb, ſo genügt das Vorbringen und der Beweis, daß er die vindicirte Sache gekauft habe, nicht; beweiſt der Kläger ſein Recht, ſo wird ihm die Sache zugeſprochen. Der Beklagte wird nur dann ſiegen, wenn er auch das Eigenthum ſeines Autors und beziehungsweiſe ſeiner Autoren behauptet und erweiſt. In dem erſten und zweiten Fall ſtimmt der Sachſenſpiegel völlig überein, nur daß er im erſten Fall den Kläger erſt zum Beweis kommen läßt, wenn der Beklagte ſeinen Beweis nicht erbracht hat, da er im andern Fall ganz unnütz iſt. Andere Quellen laſſen den Kläger ſein Recht gleich Anfangs beweiſen. Im dritten Fall wird aber dem Beklagten gar nicht der Beweis des Eigenthums ſeines Autors

ſi unde unmenedich: dat in god alſo helpe unde de hilleghen. S. 99 Z. 12. of jene ſich dar to te alſe hir vor gheſproken iſt. S. a. Z. 19.

6) Sachſenſp. II, 36. §. 8.

aufgelegt, ſondern, bekennt ſich dieſer zur Autorſchaft, ſo hat der Kläger nun mit ihm weiter zu proceſſiren. (Etwas Aehnliches liegt in der römiſchen litis denunciatio. Der Beklagte wird durch dieſelbe freilich nicht dem Kläger gegenüber frei, materiell aber iſt er dem Autor gegenüber gerade ſo geſtellt, wie nach deutſchem Recht: dieſer hat ihn zu vertreten und wird ihm im Fall des Unterliegens ohne Weiteres haftbar.) Folge dieſes Satzes iſt, daß der Kläger dem Beklagten zum Autor folgen muß. Der Eid des Beklagten, „dat he't tie to rechter tücht" iſt ein Calumnieneid vom reinſten Waſſer. Daß die nominatio auctoris bis zu demjenigen geht, welcher originären Erwerb behauptet, iſt Folge der dem deutſchen Recht mangelnden Uſucapion[7]).

Zum Schluß des Paragraphen bringt der Verf. noch eine weitere Verſchiedenheit in Betreff des Beweiſes vor. Das römiſche Recht käme dadurch, daß es für Alles vom Kläger feſten juriſtiſchen Beweis fordere, dahin, auch ſolche Beweiſe zu fordern, welche factiſch in der Regel nicht erbracht werden könnten, z. B. bei allen Schadensforderungen den Beweis des wirklich erlittenen Schadens oder bei der actio redhibitoria den Beweis, daß das kranke Thier ſchon zur Zeit des Verkaufs an dem beſtimmten Fehler gelitten habe. Da dieſe Beweiſe oft gar nicht zu führen ſeien, ſo werde der Kläger trotz der Gerechtigkeit ſeiner Sache abgewieſen. Das germa-

7) In dem Sachſenſpiegel und den anderen Quellen wird die Vindication nicht allein, ſondern zugleich die Frage erörtert, ob eine Anſchuldigung des Diebſtahls möglich ſei. Gegen dieſe ſichert der in Betreff der Vindication unerhebliche Beweis des Gekauftſeins der Sache ſchlechthin. Im dritten Fall ſichert das ſich zur Sache Bekennen des Autors ebenfalls; läugnet dieſer die Autorſchaft, ſo iſt die Anſchuldigung möglich und der Beklagte muß ſich von ihr beſonders losſchwören, ohne daß dieſes Losſchwören auf die Vindication von Einfluß iſt.

niſche Recht könne ſolche Beweiſe nicht billigen und Particularrechte fixirten daher oft Entſchädigungsforderungen durch Averſionalſummen oder ließen dieſelben nach Erkenntniß guter Leute beſtimmen, und erklärten bei der actio redhibitoria den Beweis für genügend, daß innerhalb einer beſtimmten Zeit nach dem Verkaufe der Fehler ſichtbar geworden ſei u. ſ. w.

Jedes Recht kennt urſprünglich genau fixirte oder in beſtimmtem Verhältniß zu einem andern Werthe feſtgeſetzte Strafſummen [8]). Je innerlicher das Recht wird, deſto mehr verläßt es dieſe formelle Schadensbeſtimmung und kömmt zum Syſtem des Erſatzes des wirklich hervorgebrachten Schadens. So ſtellt das römiſche Recht in den XII Tafeln beſtimmte Strafſummen für Injurien, Körper- und manche Arten der Eigenthumsverletzungen auf, ſo begünſtigt es die vorläufige Fixirung des Schadenserſatzes durch Stipulationen u. ſ. w. Hat man ja doch in neuſter Zeit verſucht, dem ältern Recht die Möglichkeit der ſubjectiven Aeſtimation ganz abzuſprechen und als herrſchendes das Syſtem der indirecten Befriedigung des Intereſſes bezeichnet [9]). Mag man hierin auch zu weit gegangen ſein, ſo iſt doch ſo viel ſicher, daß das neuere Recht an die Stelle der alten abſoluten Aeſtimation vielfach die concrete ſetzt, ſo namentlich bei Injurien. — Auch das germaniſche Recht kennt anfänglich nur die objective Aeſtimation, auf welcher ſein Criminalrecht beruht. Das ſpätere Recht

8) „Es würde verkehrt ſein, die Geſichtspuncte der Strafe und des Intereſſes für das ältere Recht in einen ausſchließlichen Gegenſatz ſich gegenüber zu ſtellen. — — Vom Standpunct des Beklagten aus ſtellt ſich das, was er leiſtet, als eine Strafe dar, von dem des Klägers aus als eine Satisfaction im weiteſten Sinne, d. h. eine Genugthuung ſowol für die perſönliche Kränkung, die in der Rechtsverletzung lag, als für ſeinen materiellen Verluſt.“ Jhering a. a. O. II. S. 117.

9) Jhering a. a. O. II. S. 110.

verläßt dieſen Standpunct und gelangt zur concreten Taration, welche z. B. ſchon im Sachſenſpiegel anerkannt iſt. Spuren der alten Auffaſſung blieben vorhanden, wie dieß nicht weniger im römiſchen Recht der Fall iſt. — Die in Betreff der actio redhibitoria von dem Verf. erwähnten Particularſätze erinnern in ihrer Uebereinſtimmung mit Rechtsſätzen aus den Volksrechten ebenfalls an die ältere formellere und rohere Auffaſſung. Wer, von der inneren Gerechtigkeit abſehend, das hauptſächliche Gewicht darauf legt, daß die Rechtsſätze ſo eingerichtet ſind, daß überall der Beweis leicht und einfach [10]) iſt, der wird immer das ältere rohere Recht dem neueren ausgebildeteren vorziehen müſſen. Dieſe Auffaſſung iſt keineswegs die des Verfs., es iſt deßwegen auch von ſeinem Standpunct aus inconſequent, die angezogenen Particularſätze rühmend hervorzuheben.

Vergleicht man das römiſche und deutſche Beweisverfahren mit einander, ſo finden ſich allerdings die bedeutendſten Unterſchiede, unbedingt aber muß man, auch wenn man ſich ganz auf den Standpunct des Verfs. ſtellt, das römiſche als das vorzüglichere erklären. Der Vorzug liegt in der unbedingten Anwendung des Zeugenbeweiſes, welche die Partei von der Abhängigkeit von dem Eid des Gegners befreit, und in der Möglichkeit des zuſammengeſetzten Beweiſes, überhaupt in der Freiheit von formeller Einengung. Wenn auch im übrigen Verfahren der römiſche und deutſche Proceß einander, was den Formalismus betrifft, wenig nachgeben mögen, ſo iſt es doch gewiß, daß die Freiheit des römiſchen Beweisverfahrens ſowol in der Wahl der Beweismittel, als in der richterlichen Beurtheilung größere Garantien für die Erbrin-

10) Nur darum handelt es ſich; denn der Beweis auch des concreten Schadens iſt immer möglich, wenn auch ſchwierig.

gung der materiellen Wahrheit bietet, als der deutſche Formalismus. Die Verwerflichkeit des letztern wurde ſelbſt vor der Reception des römiſchen Rechts in Deutſchland, namentlich in den Städten, erkannt und man wandte ſich mehr und mehr von ihm ab. — Ein Zuſammenhang des deutſchen Beweisverfahrens mit den Anſichten über Ehre exiſtirt aber überall nicht.

Zweiter Theil.

Die Verschiedenheit des römischen und germanischen Privatrechts.

Erster Abschnitt.

Das Familienrecht.

---

§. 20.

Princip des Familienrechts. Väterliche Gewalt.

Im Familienrecht findet der Verf. die Verschiedenheit der Grundprincipien des römischen und deutschen Rechts in prägnanter Weise ausgesprochen. Das germanische Familienrecht, führt er aus, ist ganz einfach auf die sittlichen Beziehungen unter den Familiengliedern basirt, indem die sittlichen Pflichten der Letzteren gegen einander zu Rechtspflichten erhoben sind. Die allgemeine sittliche Pflicht der Menschen nämlich, sich einander in allen rechten und sittlichen Dingen beizustehen, erhält durch die Blutsverwandtschaft den Character einer besonderen Pflicht, indem diejenigen, welche durch natürliche Bande sich einander näher stehen, auch den nächsten Beruf zur gegenseitigen Hülfe und Unterstützung haben. Innerhalb der Familie begründet „daneben" das Verhältniß des Manns

zum Weib, der Aeltern zu den Kindern noch beſondere ſittliche Beziehungen und Pflichten, indem der Mann als der Stärkere der natürliche Schützer und Vertreter des Weibes iſt und die Aeltern die natürlichen Schützer und Erzieher der Kinder ſind, und das natürliche Reſultat dieſer Beziehungen iſt, daß dem Mann als dem Haupt der Familie die Herrſchaft des Hauſes zufällt, daß aber dieſe Herrſchaft, dem höheren ſittlichen Zweck des ganzen Verhältniſſes entſprechend, ihrem Begriff und Weſen nach nichts Anderes als ein Vormundſchaftsrecht iſt.

Die römiſche Auffaſſung dagegen geht vom Zuſtand der natürlichen Freiheit aus. In dieſem exiſtiren zwar die Beziehungen der Familienglieder und die daraus entſpringenden Pflichten auch, dieſelben ſind aber rein ſittlicher Natur; rechtlich ſteht der Einzelne ſeinem Vater, ſeinem Weib, ſeinen Kindern und übrigen Verwandten gerade ſo fremd und pflichtlos gegenüber, wie jedem andern Menſchen. Dagegen beſteht zwiſchen Mann und Weib, Vater und Kindern aus einem andern Grund ein Rechtsverhältniß. „Vermöge ſeiner natürlichen Freiheit hat der Menſch das Recht, Andere ſeiner Gewalt zu unterwerfen und der Mann erwirbt vermöge ſeiner größeren Stärke die Herrſchaft über das Weib und theils aus demſelben Grunde, theils ſchon durch den in der procreatio liegenden Willensact die Herrſchaft über die Kinder. Daher iſt auch in dieſem, lediglich in ſeiner äußeren Erſcheinung der auf dem natürlich ſittlichen Grund erwachſenen engeren Familiengemeinſchaft ähnlichen Verhältniß das Recht des Manns und Vaters nicht ein ſittlich beſchränktes, ſondern gleich dem über jedes andere erbeutete Object ein abſolutes und mit dem Eigenthum ſeinem Begriff und Urſprung nach identiſches, ſo daß Weib und Kinder rechtlich unter den Begriff von Vermögensobjecten fallen. An dieſen Verhältniſſen wird durch die

Gründung des Staats nichts geändert. Von einem eigentlichen Familienrecht in unſerm Sinn des Worts kann daher bei den Römern keine Rede ſein. Das Wort familia bezeichnet bei den Römern nichts Anderes als das Vermögen des Menſchen, das eben nichts Selbſtſtändiges, neben ihm Beſtehendes, ſondern nur eine Erweiterung ſeiner Perſönlichkeit iſt.

Im §. 21 wird unter Nr. I die verſchiedene Behandlung des Verhältniſſes zwiſchen Vater und Kindern noch beſonders berührt. Von den Germanen werde die väterliche Gewalt von vornherein als Vormundſchaft aufgefaßt, welche mit der Selbſtſtändigkeit der Kinder aufhöre. Die Ausübung des Erziehungsrechts ſtehe unter der Oberaufſicht des Staats, der durch Schulzwang für den gehörigen Unterricht der Kinder ſorge und im Fall des Mißbrauchs der väterlichen Gewalt einſchreite. Das den Kindern zugefallene Vermögen gehöre denſelben und werde von dem Vater nur wie von einem Vormund verwaltet.

Nach römiſcher Auffaſſung habe der Vater ein dem Umfang und Inhalt nach unbegränztes Recht über die Kinder, wie über die Sclaven. Die Kinder ſeien bloße Vermögensobjecte, welche juriſtiſch in der Perſon des Vaters aufgingen. Der Vater ſei berechtigt, ſie zu tödten, zu verkaufen, erwerbe alles ihnen zugefallene Vermögen und ſein Recht ende nicht mit der Selbſtſtändigkeit des Kinds, ſondern nur durch freiwillige Aufgabe und Tod. Folgt die gewöhnliche Gegenüberſtellung der Sitte, welche allerdings einen Unterſchied zwiſchen Kindern und Sclaven gemacht habe, die Erwähnung der indirecten ſtaatlichen Einwirkung durch die Cenſur und die Behauptung, daß erſt chriſtliche Kaiſer durch ſinguläre Beſtimmungen die ſchärfſten Conſequenzen der alten Sätze beſeitigt hätten, nachdem ſchon früher die überall privilegirten Soldaten eine Ausnahme erwirkt hätten.

In der Sitte jedes Volks ist die Familie als die engste und innigste Verbindung anerkannt. Dieselbe beruht auf einer so rein menschlichen Anschauung, daß die verschiedenen die Besonderheit der nationellen Auffassung bedingenden Momente auf dieselbe nur in sehr untergeordneter Weise einwirken. Bei allen Völkern, die in dem ersten Stadium der staatlichen Entwickelung stehen, erscheint sie als eine die gesammte Persönlichkeit umfassende Verbindung, die somit einen gleichen Inhalt hat. Erst die weitere Entwickelung der Staatsidee und des Rechts beschränkt und modificirt den Inhalt. Da diese Entwickelung aber in den verschiedenen Staaten in verschiedener Weise erfolgt, so wird der durch dieselbe modificirte Inhalt der Familie auch in den einzelnen Staaten als verschieden sich darstellen. Gemeinsam allen Rechten ist der Gang, daß diejenigen sittlichen Normen, welche ursprünglich lediglich durch die Familie realisirt wurden, mehr und mehr dem Staate zur Realisirung überwiesen — Rechtssätze werden.

Die ursprünglichste Form einer jeden staatlichen Verbindung ist der s. g. Geschlechterstaat. Nicht das einzelne Individuum ist Glied des Staats, sondern die Vereinigung derjenigen Personen, die sich ihres gemeinschaftlichen Ursprungs bewußt sind und die darauf beruhende Gemeinschaft fortwährend realisirt haben — die Familie im weiteren Sinn. Alle Verhältnisse in ihrer Mitte regelt aber das durch den Staat (d. i. rechtlich) als Individuum betrachtete Geschlecht für sich. — Innerhalb des Geschlechts findet sich noch eine engere Verbindung, die Familie (im engeren Sinn). Diese beruht auf der sittlichen Einheit zwischen Erzeugern und Erzeugten, welche in dem Zusammensein dieser realisirt ist [1]). Die Staats-

1) Das Volk ahnt seinen gemeinschaftlichen Ursprung, das Geschlecht kennt denselben, die Familie hat ihn vor Augen.

idee entwickelt ſich, heißt: der Staat realiſirt eine größere Anzahl ſittlicher Normen. Es kann dieß im Geſchlechterſtaat nur dadurch geſchehen, daß der Staat die Realiſirung ſolcher Normen übernimmt, welche bisher durch das Geſchlecht und innerhalb deſſelben realiſirt wurden. Dadurch iſt aber auch das Geſchlecht als die geſammte Perſönlichkeit umfaſſende Verbindung aufgehoben, und da auf der einen Seite der erſtarkende Staat, auf der andern die Familie (im engeren Sinn) die Realiſirung ſämmtlicher bisher durch das Geſchlecht zu realiſirenden Normen leicht übernehmen können [2]), ſo hört die Nothwendigkeit ſeiner Exiſtenz auf, und kurze Zeit, nachdem der Staat ſich in ſeine Functionen eingemiſcht hat, verſchwindet daher das Geſchlecht als Mittelglied zwiſchen Staat und Familie faſt völlig. Glieder des Staats ſind nur die Familien. Aber auch auf ſie übt der erſtarkende Staat bald ſeinen Einfluß aus. Die Wirkung dieſes Einfluſſes kann jedoch nicht ſo weit gehen, als die auf das Geſchlecht, denn der Staat auch in ſeiner höchſten Ausbildung iſt nicht im Stand, die durch die Familie realiſirbaren Normen zu realiſiren. Jeder Staat muß daher die Familie als einen in ihm beſtehenden Kreis, der gewiſſe Normen in und durch ſich ſelbſtſtändig realiſirt, anerkennen, und ſelbſt geträumte Syſteme einer ſtaatlichen ausſchließlichen Allmacht ſind genöthigt, die Familie, wenn auch in beſchränkter Competenz, beſtehen zu laſſen, oder ein künſtliches Surrogat für dieſelbe zu ſchaffen.

Ebenſo, wie der urſprüngliche Inhalt der Familienverbindung überall ein gleichmäßiger iſt, iſt es auch die Organiſation derſelben. Die Familie iſt natürliche Monarchie, der

2) Dieß iſt nicht ſo zu verſtehen, als hätte die Familie im engeren Sinn nicht auch ſchon während des Beſtehens des Geſchlechtsverbands ſelbſtſtändig Normen zu realiſiren; durch die Aufhebung des Geſchlechtsverbands vergrößert ſich nur ihre Competenz.

Hausvater hat die Familienmacht in Händen, er zunächſt realiſirt die durch die Familie zu realiſirenden ſittlichen Normen. Die andern Familienglieder ſind aber darum nicht von ſeiner Willkür abhängig, ſondern dieſe iſt durch die Familienſitte beſchränkt. Dieſe Organiſation verändert ſich auch keineswegs im Laufe der Zeit. Die ſcheinbare Veränderung derſelben iſt nur ein Beſchränken des Inhalts der Familie durch den Staat, in Folge wovon natürlich auch die Competenz des Organs derſelben beſchränkt erſcheint. Soweit aber jene Beſchränkung nicht vorhanden iſt, ſoweit iſt die Competenz deſſelben unbeſchränkt.

Der Einfluß des Staats auf die Familie iſt ſowol ein directer, als ein indirecter und dieſer geht regelmäßig jenem vorher und bedingt ihn. Direct iſt er dadurch, daß der Staat die Realiſirung einzelner Normen der Competenz der Familie, reſp. der ausſchließlichen Competenz entzieht und er kann dazu namentlich durch die Anſchauung von der nothwendigen Competenz des Staatswillens veranlaßt werden [3]). Indirect aber wirkt der Staat dadurch ein, daß, je ſtärker der Staatsbegriff durchdringt, je ausgedehnter und wirkſamer mithin der Rechtsſchutz wird, das Bedürfniß des gegenſeitigen Schutzes der Familienglieder abnimmt; je mehr der Verkehr unter dem Schutze des Staats ſich hebt, deſto ſtärker auch das Streben der einzelnen Familienglieder nach ſelbſtſtändiger Thätigkeit hervortritt, dadurch aber das Familienband ſelbſt gelockert wird [4]), d. h. daß der allgemeinen Ueberzeugung nach ge-

3) Hierher wird namentlich die Criminaljurisdiction über abhängige Familienglieder neben der Familienzucht zu rechnen ſein.

4) Aeußere Umſtände, allgemeiner ſittlicher Verfall können in einzelnen Zeiten zur Lockerung der Familienbande beitragen. Dieſe Einwirkungen ſind aber immer nur temporär. Dauernd iſt nur die indirecte Einwirkung des Staats.

wiſſe Normen nicht mehr oder nicht mehr ausſchließlich durch die Familie zu realiſiren ſind. Soweit nun der Staat fähig iſt, dieſe Normen ſelbſt zu realiſiren, greift er ein, d. h. erhebt er ſie zu Rechtsſätzen. Daher finden wir in jedem Rechte in ſpäteren Zeiten eine größere, in früheren eine geringere Anzahl von Rechtsſätzen, welche ſich auf die Verhältniſſe innerhalb der Familie beziehen. —

Rom hat in der Zeit, von welcher wir genauere Nachricht haben, die Periode des Geſchlechterſtaats überſchritten; aber auch die Familien bildeten nicht mehr die eigentlichen Staatsglieder. In der Stellung zu ſich ſelbſt (in publiciſtiſcher Beziehung) erkannte der Staat die Individuen ohne Rückſicht auf ihre Stellung in der Familie an; nicht mehr der pater familias allein als Repräſentant der Familie, ſondern auch der filius familias war civis und konnte ſeine Civität geltend machen. In allen andern Beziehungen aber erkannte der Staat die Familie im engeren Sinn als ein Ganzes an, welches von der Sitte der Realiſirung der Familie überwieſene Normen in ſich und ohne Zuthun des Staats realiſirt.

Während überall ſonſt, wo der Staat Sittenſätze anerkannte, dieſe zu Rechtsſätzen umgeſchaffen wurden, dadurch aber oft eine ganz andere Geſtalt erhielten und lediglich in dieſer Geſtalt zur rechtlichen Berückſichtigung gediehen, iſt dieß in Betreff der Stellung des Vaters zu den Kindern nicht geſchehen. So, wie dieſe in der Sitte begründet war, ward ſie ſtaatlich anerkannt. Nur die Verhältniſſe, in welche die Familie oder Glieder derſelben mit außerhalb der Familie ſtehenden Perſonen treten, wurden rechtlich feſtgeſtellt, immer aber mit Beziehung auf die in dem Innern der Familie geltenden Sittenſätze — um dieſe ſelbſt aber, ihre Formulirung und Realiſirung bekümmerte ſich das alte Recht, mit einer einzigen Ausnahme, nicht. Die patria potestas iſt in ihrer

Richtung nach innen kein Rechtsinſtitut. Hält man dieſe Auffaſſung ſtreng feſt, ſo erklärt ſich das Weſen der patria potestas in ſeinem ganzen Umfang. Aber auch nur dadurch gelingt eine genügende Erklärung; alle Verſuche einer juriſtiſchen Conſtruction müſſen von Anfang an als unfruchtbar erſcheinen. Wie man es auch verſucht, der patria potestas einen beſtimmten rechtlichen Inhalt zu geben, man kann nie oder nur in ſehr gezwungener Weiſe zu einer conſequenten Durchführung der aufgeſtellten Sätze gelangen, immer iſt es das eigenthümliche Subſtrat, welches Modificationen verlangt. — Hat man das Verhältniß juriſtiſch conſtruirt, ſo verwahrt man ſich auch wol dagegen, daß der aufgeſtellte rechtliche Begriff der ſittlichen Auffaſſung der Römer in der Art entſprochen hätte, daß die in der patria potestas liegenden Rechte auch wirklich ausgeübt worden ſeien, daß die Rechtloſigkeit des filius familias im Leben hervorgetreten ſei. Die Sitte ſei hier mildernd eingeſchritten und habe den Mißbrauch der Rechte des Vaters gehindert. — Man findet in dieſer Opponirung der ſittlichen und rechtlichen Befugniß nichts Anſtößiges, man fragt nicht, ob es denkbar ſei, daß eine der ſittlichen widerſprechende rechtliche Anſchauung nur entſtehen konnte, obgleich die Träger, reſp. Schaffer der Sitte dieſelben, wie die des Rechts waren. Weil unſer heutiges Geſetzesrecht oft dem ſittlichen Bewußtſein des Volks widerſpricht, ſo läßt man einen ſolchen Widerſpruch auch ganz ruhig für die älteſte Zeit zu, ohne ſich um die Urſachen des heutigen Widerſpruchs, richtiger, um die Bedingungen der Möglichkeit eines ſolchen weiter zu bekümmern[5]). Der Verf.

5) Dieß Argument iſt natürlich nicht gegen den Verf., welcher ja gerade den Widerſpruch von Sitte und Recht bei den Römern als principiell deduciren will, gerichtet, ſondern gegen diejenigen, welche, den Zuſammenhang zwiſchen Sitte und Recht im Allgemeinen aner-

macht es ſich ſehr leicht; er ſtellt die Anſicht von dem dominium des Vaters an den Söhnen einfach hin, ohne ſich um die hiernach unerklärt bleibenden Sätze zu kümmern, daß das väterliche Recht nicht wie jedes andere aufgegeben werden, daß der Vater die Kinder nicht zu Sclaven verkaufen könne u. ſ. w.

Verſuchen wir nun die Rechtfertigung der oben aufgeſtellten Sätze.

Wie jedes Volk erkennt auch das römiſche als Aufgabe der Familie die Sorge für das ſittliche Betragen ihrer Glieder, ſie übt deßwegen eine Zucht aus, nicht aber handelt ſie dabei in ihrer Geſammtheit, ſondern durch ihr natürliches Oberhaupt (ſ. o.), den Vater. Die Zucht iſt eine unbegränzte; bei ſchwereren Vergehen kann ſie ſo weit gehen, daß das Kind in die Fremde geſtoßen oder getödtet wird. Geht man aber die einzelnen Fälle, in welchen von einer Anwendung eines extremen Zuchtmittels referirt wird, durch, ſo zeigt ſich immer der Geſichtspunct feſtgehalten, daß der Vater eine ihm obliegende Pflicht ausübt, nicht einen Act der Willkür, denn wenn es in ſeiner Willkür ſtände, zu ſtrafen oder nicht, ſo würde ihn die väterliche Neigung veranlaſſen, nicht zu ſtrafen. Deßwegen wird der Vater, der ſtraft, gelobt; der Erzähler ſchaudert vielleicht vor der Strenge der Geſinnung, die ſich durch die väterliche Neigung nicht beirren läßt, aber er bewundert ſie als hohe, nachahmenswerthe Tugend. Nirgends findet ſich eine Spur, als ſei die Züchtigungsbefugniß als Ausfluß der durch den Zeugungsact oder die Stärke begründeten willkürlichen Herrſchaft über den Gezeugten oder Schwächeren [6]) angeſehen worden. Ueberall, wo uns Fälle der äußerſten Züchtigung erwähnt werden, wird von einem condemnare,

kennend, doch ſo häufig und namentlich im Familienrecht denſelben ignoriren.

6) Schmidt, S. 195.

animadvertere geſprochen und meiſt iſt hervorgehoben, daß der Vater an ſeiner eigenen Ueberzeugung ſich nicht genügen läßt, ſondern Verwandte, Freunde, den Staat zuzieht, d. h. conſultirt. Es liegt daher nahe, von Familiengerichten zu ſprechen, den Vater als domesticus judex, als magistratus, als filii censor zu bezeichnen.

Wie verhält ſich zu dieſer väterlichen Zucht das Recht? Völlig paſſiv. Keines Rechtsſatzes geſchieht Erwähnung, in welchem das väterliche Zuchtrecht ausgeſprochen wäre[7]). Nur des ſtärkſten Ausdrucks deſſelben gedenkt das Recht da, wo es ſich darum handelt, die durch den Vater auszuübende Familiengewalt zu definiren und ſie in ihrer Totalität darzuſtellen. Es geſchah dieß, wenn durch ein Rechtsgeſchäft das ſonſt durch die Natur begründete Verhältniß geſchaffen werden ſollte, die Familie alſo in Verkehr mit außen trat — bei der Arrogation. Hier ließ man ſich durch das Volk ausdrücklich die Anerkennung einer Befugniß geben, deren es, wo das Verhältniß eine natürliche Entſtehung hatte, nicht bedurfte. Das Volk erklärte, daß es Handlungen, welche an ſich ein Capitalverbrechen ſein würden, nicht als ſolche anſehen wolle, wenn ſie als Zuchtmittel gegen Familienglieder vorgenommen würden.

Man hat wol die Strafgewalt des Vaters als ihm vom Staat verliehen auffaſſen, wegen der Bezeichnung als domesticus judex, magistratus, censor den Vater als delegirten Richter darſtellen wollen, der in der Ausübung ſeines Richteramts in beſtimmter Weiſe beſchränkt ſei, namentlich ein Familiengericht zuſammenrufen müſſe. Die Irrthümlichkeit der

7) Des Dionys Erzählung (II, 26) von einem romuliſchen Geſetz hat nur den Werth, daß aus ihr geſchloſſen werden kann, daß die XII Tafeln darüber nichts enthalten haben, denn es geht aus dem Zuſammenhang (Cap. 27) deutlich hervor, daß nur die Beſtimmung über den dreimaligen Verkauf aufgenommen war.

letzteren Annahme zeigt ſich dadurch, daß erzählt wird, der Vater habe es im einzelnen Fall nicht für nöthig erachtet, ſich des Beiraths ſeiner Verwandten zu bedienen, daß ein anderes Mal der Senat als Beirath angegangen wird. Von einer Uebertragung der Jurisdiction durch den Staat iſt aber nirgends eine Spur zu finden und die Ausdrücke judex, magistratus erklären ſich genügend aus der Aehnlichkeit der Ausübung des Familienzuchtrechts mit der des öffentlichen Strafrechts. Pflegen doch auch wir heut zu Tage von Familiengerichten, von Ehrengerichten zu ſprechen, da, wo die Familie, wo Standesgenoſſen ſich der Form oder einiger Formen des gerichtlichen Verfahrens bedienen, um einen innerhalb ihrer Competenz liegenden Ausſpruch als unbefangen und wohlüberlegt erſcheinen zu laſſen. Es iſt eine anachroniſtiſche Auffaſſung, die zu einem ſolchen Erklärungsverſuch hintreibt. Wer wird heut zu Tage den Vater, der dem Kind eine leichte körperliche Züchtigung zufügt, als judex delegatus anſehen? Jedermann wird die Befugniß dazu als eine aus dem älterlichen Recht naturgemäß hervorgehende betrachten. Der Socialiſt, welcher, vom Standpuncte ſeines Idealſtaates unſere Zuſtände betrachtend, nur dem Staat oder dem Phalanſter alle Erziehungsrechte zuweiſt, wird dieſe uns naturgemäß erſcheinenden Rechte der Aeltern als ſolche negiren und ſie nur als delegirte rechtfertigen können. So verfallen auch wir in den Fehler der Uebertragung unſerer modernen oder der ſpäteren römiſchen Anſichten in die altrömiſche Welt. Wo findet ſich dort der Satz, daß alle Criminalgerichtsbarkeit vom Staat ausgehen müſſe, wo findet ſich unſer Unterſchied zwiſchen Züchtigung und Criminalſtrafe dort anerkannt?

Eben ſo irrig iſt es aber auch, das ſ. g. jus vitae ac necis mit der rechtlichen Befugniß zu identificiren, eine Sache, die im dominium ſteht, willkürlich zu vernichten. Nicht eine

unbedingte Macht erkennt das Recht als dem Vater zuſtehend an, ſondern die durch das natürliche Verhältniß und die Sitte qualificirte väterliche, darum iſt auch der Ausdruck patria potestas der techniſche, der adjectiviſche Zuſatz drückt aber gerade die beſondere Natur der Gewalt im Gegenſatz zu der potestas patris aus, d. h. der an ſich nicht beſtimmten potestas, welche dem Vater zuſteht. Patria potestas in pietate consistit, ſagt ausdrücklich der Kaiſer Hadrian und er nimmt daher ſeinen Entſcheidungsgrund für ſein Erkenntniß gegen den atrociter den Sohn tödtenden Vater. Garantien, daß der Vater immer der pietas gemäß handle, gewährte das alte Recht freilich nicht, ja es konnte dieſelben nicht gewähren, eben weil es auch nicht das Recht der Zucht gegeben, ſondern nur im Allgemeinen die Exiſtenz der Familie anerkannt hatte und dieſelbe alle inneren Verhältniſſe ſelbſtſtändig realiſiren ließ. — Unſer heutiges Recht gewährt dem Vater ein leichtes Züchtigungsrecht. Gewährt es damit zugleich Garantien gegen den Mißbrauch dieſes Rechts? Vorausgeſetzt, daß der Vater nicht ein ſtärkeres Leid zufügt, als wozu er berechtigt iſt, gewährt das Recht dem Kind keinen Schutz, wenn es vom Vater, ohne einen Fehler begangen zu haben, Schläge erhält. Darum iſt aber immer noch nicht vom Recht der Satz anerkannt, daß der Vater das Kind willkürlich prügeln kann. Indem das Recht den Satz aufſtellt, daß der Vater ein beſchränktes Züchtigungsrecht hat, erklärt es, daß es ſich paſſiv verhalte in Betreff gewiſſer Handlungen, welche, nicht als Züchtigung aufgefaßt, als ſtrafbare Eigenmacht erſcheinen würden. Was bei uns für das beſchränkte Züchtigungsrecht gilt, gilt im altrömiſchen Recht für das unbeſchränkte.

Auch in Betreff des Vermögens faßten die Römer die Familie der ſittlichen Anſchauung gemäß als ein Ganzes auf.

So lange eine Familie beſteht, werden Spuren der Anſchauung vorhanden ſein, daß das Vermögen den Gliedern der engeren Familie gemeinſam ſei; je enger die thatſächliche Vereinigung der Familienglieder, je mehr die erwerbende Thätigkeit eine gemeinſame iſt, um ſo prägnanter muß dieſe Anſchauung hervortreten. Die römiſche Familie bildete aber urſprünglich eine enge Vereinigung, der ererbte oder vom Volk erhaltene Grundbeſitz ernährte ſie, und alle Glieder nahmen an der Bebauung Theil. Der häufige und koſtſpielige Kriegsdienſt machte das Zuſammenbleiben beſonders nothwendig, denn nur dadurch war die Bebauung auch während der Kriegszüge geſichert [8]). Die Ausziehenden nahmen ihre Ausrüſtung aus dem Familiengut und naturgemäß brachten ſie das im Krieg Erworbene in daſſelbe. Für den Zurückgebliebenen hatten die Ausziehenden Kriegsdienſte geleiſtet; wenn jener alſo für Alle das Feld bebaute, ſo konnte er von dieſen nicht Erſatz für ſeine Arbeit fordern. Erwerbungen anderer Art machte das Familienglied nicht leicht. Ab intestato konnte es bei Lebzeiten des Vaters nicht erben, teſtamentariſche Erbſchaften und Schenkungen ſpielen in der alten Zeit keine große Rolle (hierbei iſt beſonders das Verhältniß der uxor in manu zu berückſichtigen), Erwerb durch Vermiethen von Dienſten oder Betreiben von Handwerken war nicht üblich — die Gemeinſchaft des Erwerbs erſchien daher keineswegs als Härte, ſondern als vollkommen naturgemäß. Die Verwaltung des Vermögens ging von dem Haupt der Familie aus; der Vater wies den einzelnen Familiengliedern ihre Wirkſamkeit zu. Gerade das, was uns heut zu Tage am meiſten frappirt, daß der Inhaber der höchſten Staatsämter nicht freie Adminiſtration ſeines Vermögens hatte,

8) Setzte man doch vielleicht gerade aus dieſem Grunde die Gemeinſamkeit oft auch über die Dauer der engeren Familie fort.

erſchien den alten Römern als den Verhältniſſen völlig entſprechend. Es lag darin für ihn weniger eine Beſchränkung, als vielmehr der Vortheil, daß er fortwährend an dem Familienvermögen participirte, alſo weder nöthig hatte, ſeine Kräfte auf den Erwerb neuen Vermögens zu richten, noch ſie für die Adminiſtration deſſelben zu verwenden.

Entſprach die Gemeinſchaft des Lebens den gegebenen Verhältniſſen, fand ſie ihre Rechtfertigung in der Sitte, was Wunder, daß auch das Recht ſie anerkannte. Das innere Verhältniß an ſich kümmerte zwar das Recht nicht, aber das Familienvermögen wurde ja auch wichtig nach außen hin; es war nothwendig, daß beſtimmt feſtſtand, wer Subject deſſelben ſei. In der Art und Weiſe dieſer Beſtimmung zeigte es ſich aber, wie richtig das eigentliche Weſen der Familie aufgefaßt wurde. Der Paterfamilias verwaltete das Vermögen in höchſter Inſtanz, er hatte zu beſtimmen, wie weit das einzelne Familienglied am Genuß participiren, wie viel von den Einkünften verkauft werden ſollte, ihn leitete dabei die Sorge für die Familie als Ganzes. Falſch wäre es daher geweſen, hätte das Recht die einzelnen Familienglieder als Subjecte des Vermögens auffaſſen und etwa ein condominium, eine rechtliche Gemeinſchaft in Betreff der activen und paſſiven Forderungen conſtruiren wollen. Dadurch nur konnte das rechtliche Verhältniß dem ſittlichen genau entſprechen, daß der, welchem die Sitte die Dispoſition über das Familienvermögen zugewieſen hatte, nach außen hin als Subject deſſelben galt [9]). Stammte ja doch auch regelmäßig von ihm der Stock des Vermögens her. Die übrigen Glieder der Familie gelten aber darum dem Recht nicht für vermögensunfähig, ſie können unbedingt erwerben, nur fällt ihr Erwerb dem Familienvermögen zu. Sie können ſich ebenſo auch verpflichten; da ihnen aber

9) Ueber die Anerkennung der Familiengemeinſchaft im Erbrecht, ſ. u.

die Dispoſition über das Familienvermögen nicht zuſteht, ſo kann die Verpflichtung auch nicht dieſes Vermögen mindern, und da ſie ſelbſt, ſo lange ſie der Familie angehören, kein eigenes Vermögen haben, ſo können dieſe Verpflichtungen ſo lange nicht rechtlich realiſirt werden. (Ueber Delicts- und Peculiarſchulden ſ. u.) — Wie der Hausvater im Innern der Familie disponirte, berührte das Recht nicht. Das Verhalten des Rechts iſt aber in dieſer Beziehung nicht nur in der Art ein lediglich paſſives, wie es in Betreff der Dispoſition der ſelbſtſtändigen Privaten vorkömmt, ſondern das Recht ſchließt principiell die einzelnen Dispoſitionsacte im Innern der Familie von ſeiner Cognition aus. Der Vater kann in der Familie kein Rechtsgeſchäft vornehmen. Damit iſt aber freilich nicht geſagt, daß innerhalb der Familie die Begründung begrifflich feſter, dauernder Zuſtände nicht möglich geweſen wäre, ſondern nur, daß dieſe nicht durch den Staat, vielmehr lediglich durch die Familie realiſirt werden ſollten, ja das Recht erkannte ſie ſogar als Familienzuſtände an und knüpfte an ſie, ſoweit ſie nach außen wirkten, ſelbſt Rechtsſätze.

Bei einem größeren Vermögen konnte es nämlich als zweckmäßig erſcheinen, daß einem Sohn ein Theil deſſelben ohne Löſung der Familienbande übergeben wurde. Dieß mag namentlich dann ſtattgefunden haben, wenn der Sohn etwas durch eigene beſondere Thätigkeit, die nicht als im Intereſſe der Familie vorgenommen gelten konnte, erwarb, oder wenn fremde Liberalität ihm mit Berückſichtigung ſeiner Perſönlichkeit etwas zuwandte. Die Sitte betrachtete das Conſtituiren eines ſolchen „peculium“ jedoch nicht etwa als ein willkürliches Zuweiſen der Verwaltung eines Theils des väterlichen Vermögens, welche eben nur auf der Fortdauer dieſes Willens des Vaters beruhte und, ſowie dieſer Wille aufhörte, ſelbſt zu Ende war, ſondern als die Gründung eines ſelbſtſtändigen

Verhältniſſes, welches die Natur der Fortdauer in ſich trug. Daſſelbe wurde nicht ſowol im Intereſſe des Vaters, als in dem des Sohns conſtituirt. Dieſe Auffaſſung wird ſchon durch die öftere Bezeichnung des peculium als velut oder quasi patrimonium beſtätigt, ferner aber, und worauf größeres Gewicht zu legen iſt, durch den Satz, daß, auch wenn der Vater unfähig zur Adminiſtration geworden iſt, das peculium doch beſtehen bleibt [10]), und dadurch, daß der Sohn an dem bei der Emancipation ihm nicht genommenen peculium ein Recht erhält [11]). Wie weit die Feſtigkeit dem Vater gegenüber reichte, iſt uns unbekannt, es genügt aber auch, zu wiſſen, daß die begriffsmäßige Dauer des Verhältniſſes der Sitte gemäß vom Recht anerkannt war. — Der Umfang der Befugniſſe, welche in der Beſtellung eines peculium lagen, iſt ein ver-

10) Ulpian widerlegt in l. 7 §. 1 de peculio ausdrücklich die Anſicht, daß das peculium nur concedente domino beſtehen könne, d. h. auf dem fortdauernden Willen des Herrn beruhe. Daß aber dieſe eigenthümliche Anſicht entſtehen konnte, erklärt ſich daraus, daß man die Frage nur mit Bezugnahme auf die Rechte Dritter behandelte und die actio de peculio nur auf dieſe Weiſe rechtfertigen zu können glaubte. — Daß hier vom Sclavenpeculium gehandelt wird, thut nichts zur Sache, da dieſes mit dem Sohnespeculium gleich behandelt iſt.

11) Beruhte das Haben des peculium auf der Fortdauer des Willens des Vaters, ſo wäre kein Grund vorhanden, warum das bisher Innegehabte nach der Emancipation in Eigenthum oder Uſucapionsbeſitz übergehen müßte, und zwar in Folge angenommener Schenkung. Die Nichtzurücknahme könnte doch nur als concludente Handlung angeſehen werden, daß der Wille in derſelben Weiſe, wie früher, fortdauern ſolle, das peculium würde alſo jetzt zum precarium, denn auch der sui juris kann die Sache eines Anderen auf Widerruf haben. Nach der aufgeſtellten Anſicht iſt das non adimere nicht concludente Handlung, ſondern nur Nichtzurücknahme des peculium, ſo lange die Befugniß dazu vorhanden war; das Innehaben des peculium wird jetzt, wo der Inhaber aus dem Familienkreis heraustritt, zu einem vom Volk anerkannten Innehaben, zu einem Recht.

ſchiedener, je nach dem modus der Conſtituirung. Von der gewöhnlichen Verwaltung wird die Dispoſition über die Materie und von dieſer wieder die Befugniß zu liberaler Veräußerung unterſchieden. — Stirbt der Inhaber des Peculium, ſo fällt das geſonderte Gut in die Gemeinſchaft zurück.

Wenn nun auch das Recht conſequenter Weiſe, ſo häufig die Peculien in Rom vorgekommen ſein mögen, dieſelben, ſoweit es ſich dabei um das Verhältniß zwiſchen Vater und Sohn handelte, principiell ignorirte, ſo räumte es ihnen doch, wie bemerkt, einen Einfluß nach außen ein. So weit (quantitativ und qualitativ) nämlich der Hausſohn Dispoſition über das Familienvermögen hatte, ſo weit konnte er daſſelbe auch obligiren. Aber das Recht erkannte nicht nur die Beſtellung der Peculien und deren Modalitäten, wenn es ſich um die Rechte Dritter handelte, an, ſondern ſelbſt die zwiſchen den verſchiedenen Familiengliedern abgeſchloſſenen Peculiargeſchäfte.

So wie die Producte der Kräfte der Familienglieder, gehörten dieſe Kräfte ſelbſt ebenfalls zum Familienvermögen. Auch ſie konnten deßwegen zum Beſten der Familie nutzbar gemacht werden, dadurch, daß ſie gegen Aequivalent überlaſſen wurden. Am gerechtfertigtſten erſchien dieß dann, wenn das Familienglied durch ſeine eigene unerlaubte Handlung dem Familienvermögen Schaden zufügte, indem es eine Delictsforderung Dritter gegen daſſelbe begründete. Man übertrug hier die Kräfte des Familienglieds ſelbſt dem Dritten, um das Forderungsobject abzuverdienen. Ueberlaſſung gegen wirklich dafür entrichtetes Entgeld [12]) mag nur in wenigen Fällen

12) Eine ſolche Ueberlaſſung wird als venditio bezeichnet, weil ein beſtimmtes pretium dabei vorkam und ſie unter der Form der mancipatio vorgenommen wurde. Sie iſt aber entſchieden nur als eine Ueberlaſſung auf beſtimmte Zeit aufzufaſſen und würde von dem ſpäteren Recht als locatio operarum behandelt worden ſein. Zu dieſer

als ſittlich gerechtfertigt erſchienen ſein und die öftere Wiederholung galt für einen ſo ſchreienden Mißbrauch der väterlichen Adminiſtration, daß das Recht ſelbſt dagegen einſchritt. Aber auch hier iſt es nicht eine directe Einmiſchung in der Art etwa, daß die Ueberlaſſung unterſagt oder für unwirkſam erklärt worden wäre, ſondern das Recht erkannte einen dreimal an Fremde Ueberlaſſenen als der Familie nicht mehr angehörig und fand gerade hierfür ſeine Rechtfertigung in der thatſächlichen durch die Familie ſelbſt vorgenommenen Entfremdung.

Eine Abweichung von dem aufgeſtellten Princip des paſſiven Verhaltens des Rechts iſt es nicht, daß daſſelbe Mittel gewährt, die Anerkennung der Familie zu erzwingen und zu dieſem Zweck Klagen gegen dritte und gegen ſolche Perſonen, welche ihre Unabhängigkeit von der Familie behaupten, eingeführt hat. Es mußte dieß vielmehr aus der rechtlichen Anerkennung der Familie in ihrer Totalität nothwendig hervorgehen und auf etwas Weiteres als dieſe allgemeine Anerkennung geht ja auch die einzelne Klage ſelbſt nicht. Eine Unterſtützung in der Realiſirung einer einzelnen Function der Familie iſt nicht gegeben.

Man findet in der Dauer des Familienbands über gewiſſe Jahre hinaus eine beſondere Härte. Dieſe Auffaſſung

---

Annahme nöthigt die Analogie der auf die Dauer des Abverdientſeins der Straffumme beſchränkten Innehabung des noxae Gegebenen, namentlich aber die Beſtimmung der 12 Tafeln über den dreimaligen Verkauf. Faßte man die venditio als eine dauernde Ueberlaſſung, ſo war der dreimalige Verkauf nur in dem ganz beſonderen Fall möglich, wenn der Käufer zweimal ſo liberal geweſen war, den in mancipio Befindlichen frei zu laſſen, und der Satz der 12 Tafeln hätte auch dann nur Effect gehabt, wenn der neue Acquirent ebenfalls wieder dieſelbe Liberalität geübt hätte. — In die Sclaverei den Sohn verkaufen konnte der Vater nicht, denn er hatte ja nicht das Eigenthum an demſelben. Als Zuchtmittel mag die Verſtoßung in auswärtige Sclaverei vorgekommen ſein.

iſt aber nach zwei Seiten hin eine irrige. Einmal iſt es, wenn man auch die Dauer des Familienbands für ungerechtfertigt hält, irrig, darin lediglich eine Härte gegen das Kind zu erkennen. Hieran iſt die fehlerhafte Auffaſſung der patria potestas Schuld. Dann beruhen aber auch die Gründe, aus welchen man die Nothwendigkeit einer Beſchränkung des Familienbands auf gewiſſe Jahre ableiten will, auf einer gänzlichen Verkennung der Bedeutung der Familie, wenigſtens in der Jugend der Völker. Die Familie iſt in dieſen Zeiten kein Erziehungsinſtitut, keine Kinderbewahranſtalt, welche, wenn die Erziehung vollendet, die Kinder groß geworden, ihrer Functionen überhoben iſt. Sie iſt die natürlichſte und ſittlichſte Vereinigung, die nebenbei allerdings auch zu bewahren und zu erziehen hat, aber darauf nicht beſchränkt iſt, ſondern eben den ganzen Menſchen, den jungen wie den alten, umfaßt und ihm ſeine ſittlichen Zwecke realiſiren hilft, die deßwegen als Ganzes thätig iſt. Natürlicher Weiſe iſt die Stellung des Familienhaupts zu den einzelnen Gliedern, namentlich auch nach der Verſchiedenheit ihres Alters, eine verſchiedene [13]) und die Sitte wird hier ſogar ziemlich merkbare Verſchiedenheiten feſtſtellen; wo aber die Familie beſtehen bleibt, da muß auch die naturgemäße Organiſation derſelben beſtehen, dem Vater muß die Aufrechterhaltung der Zucht und die Verfügung über das Vermögen bleiben, das Recht kann ſich natürlich um dieſe Unterſchiede nicht kümmern, ebenſo wenig als es ſich, wo die patria potestas mit der Volljährigkeit aufhört oder eine andere Geſtalt annimmt, um die gewiß noch größere Verſchiedenheit der Behandlung des ſiebenjährigen und des vierundzwanzigjährigen Sohnes kümmert.

13) Eine ſolche Verſchiedenheit iſt uns aufbewahrt in Betreff des Verkaufs der Kinder. Der verheirathete Sohn ſoll nicht mehr verkauft werden können.

Unzerreißbar iſt das Familienband urſprünglich, und hierin möchte ich das Hauptargument gegen die Conſtruirung des Familienrechts als unbegränztes Recht des Vaters finden. Nur Töchter konnten als Ehefrauen in eine andere Familie übertragen werden. Als ſich mit der Veränderung der Sitte das Bedürfniß fühlbar machte, das Band zu löſen, gab der eine Satz, mit welchem ſich das Recht in das Innere der Familie gedrängt hatte — über den dreimaligen Verkauf — das Mittel dazu, dieß auszuführen. Der Conſens des Sohnes aber blieb immer erforderlich, denn es handelte ſich nicht um die Aufhebung einer Beſchränkung, ſondern um das Ausſtoßen aus dem Familienkreis, um die Vernichtung der auch über die Dauer der Familie hinaus reichenden Agnation.

Dieß alte Syſtem der ſtaatlichen Nichtintervention wird im Lauf der Zeit vielfach modificirt, die Stärke des Familienbands läßt nach, der Staat miſcht ſich auch in das Innere der Familie ein. Am früheſten geſchah dieß in Betreff des Zuchtrechts. Zuerſt ſchritt der Staat hier durch dasjenige Organ ein, durch welches er die Sitte als ſolche zu realiſiren pflegte — durch die Cenſur. Schon aus den Zeiten der Republik werden uns aber einige Fälle berichtet, in welchen der Vater, der den Sohn getödtet hatte, vor Gericht gezogen wurde[14]). Aus der erſten Kaiſerzeit iſt namentlich der Urtheilsſpruch Hadrians zu bemerken, in welchem er das väterliche Recht ausdrücklich als auf der Pietät beruhend erklärt[15]). Später wird dem Vater die Fähigkeit, ſtärkere Zuchtmittel anzuwenden, geradezu entzogen. Dieſes Einſchreiten war aber von viel geringerer Bedeutung als das nach der entgegengeſetzten Seite. Die Fälle, daß der Vater auch bei

14) S. Ihering a. a. O. II. S. 220 N. 336.

15) L. 5 D. de lege Pompeja, vergl. auch l. 22 §. 4. D. ad legem Juliam de adult.

größeren Vergehen das Zuchtrecht ausübt, werden immer seltener, der Staat zieht auch die Familiensöhne regelmäßig vor sein Forum, oder, wie das von Tacitus [16]) einmal referirt wird, stellt bei der Uebergabe des Verbrechers an den Vater Bedingungen über die Strafe [17]). — In Betreff des Vermögens ist die rechtliche Individualisirung der Familienglieder in der Veränderung des Peculiensystems erkennbar. Die Ausdehnung des römischen Staats, die dadurch dem Einzelnen gebotene Gelegenheit, in den Provinzen sein Glück zu machen, der Umstand, daß der Soldat nicht mehr nach jedem kurzen Feldzug in's väterliche Haus zurückkehrte und bei der Eroberung reicher Provinzen große Beute erwerben konnte, ferner die Thatsache, daß mit dem Zuströmen großer Reichthümer in die Stadt auch Schenkungen und testamentarische Verfügungen zu Gunsten Fremder häufiger wurden — mußte dazu führen, daß sich über die Behandlung der Peculien im Innern der Familie gewisse gemeinsame Grundsätze ausbildeten; man ließ den Familiensöhnen eine fast unbeschränkte Disposition über das ihnen zur kriegerischen Ausrüstung gegebene und das im Kriege erbeutete Vermögen, man berücksichtigte selbst ihre an sich unwirksamen Verfügungen von Todes wegen, wie man die ebenfalls ursprünglich nicht rechtswirksamen Fideicommisse anerkannte; ähnlich ehrte man die Absicht der Mutter, der mütterlichen Verwandten und selbst Fremder, die ihrer Zuwendung an Haussöhne zu Grunde lag. Hatten diese Sätze in der Sitte Festigkeit erlangt, so lag es nahe, daß das Recht in seiner späteren Tendenz, auch die innerhalb der Familie

16) Annales XVI, 33.

17) Der in der späteren Kaiserzeit häufig vorkommende Verkauf war eine neu aufgekommene Ungehörigkeit, welche mit dem alten s. g. Verkaufsrecht nicht zusammenhängt. S. Zimmern, Rechtsgeschichte Bd. I. S. 670.

begründeten Verhältniſſe ſeiner Cognition zu unterziehen, allmälig dieſe Sätze zu Rechtsſätzen umgeſtaltete. So kam es dahin, daß in der Zeit, in welcher für uns die römiſche Rechtsbildung ſchließt, das alte Peculienrecht nur noch für das von dem Vater ſelbſt erworbene Vermögen in Anwendung war. — Es verräth ein gänzliches Mißverſtehen der conſequent fortſchreitenden Einmiſchung des Rechts in die inneren Verhältniſſe der Familie, welche ſchließlich zu einem ganz neuen Rechtszuſtand führt, wenn der Verf. behauptet, „die Römer hätten an dem Begriff der väterlichen Gewalt (wie er ihn aufſtellt) nicht nur bis in die neueſte Zeit theoretiſch, ſondern auch bis zur Zeit der chriſtlichen Kaiſer practiſch feſtgehalten, und erſt unter dieſen ſeien die ſchärfſten Conſequenzen durch ſinguläre Beſtimmungen beſeitigt worden.“

Bezeichnend für die übliche Behandlungsart beider Rechte iſt die Art, wie man im Gegenſatz zur patria potestas das väterliche Recht bei den Germanen conſtruirt. Dort ein Urgiren des rechtlichen Moments ohne jede Berückſichtigung der Sitte, hier eine Identificirung des ſittlichen Inhalts mit dem rechtlichen, ohne Frage nach der Möglichkeit der rechtlichen Realiſirung deſſelben. Zu dieſer Behandlungsart hat zum Theil die Beſchaffenheit der deutſchen Rechtsquellen veranlaßt. Der allgemeine Fehler derſelben, die nicht prägnante Formulirung der Rechtsſätze, verläugnet ſich auch hier nicht. Beſonderen Einfluß aber hat der Umſtand gehabt, daß die alten Quellen faſt ausſchließlich die äußere Seite des Verhältniſſes, wie es ſich im Mundium als Vertretung des Sohns darſtellt, berückſichtigen, aber auch dieſes nicht umfaſſend darſtellen. Dieſe ſcheinbare Lücke zu ergänzen, hat man zu Rückſchlüſſen aus ſpäteren Zeiten oder zur Anwendung von Grund-

ſätzen, die über die eheliche und verwandtſchaftliche Vormundſchaft aufgeſtellt waren, auf die väterlichen Rechte gegriffen. Beides iſt aber nichts weniger als unbedingt gerechtfertigt, denn auch bei den Germanen tritt die Anfangs ausgeſchloſſene Einwirkung des Rechts auf die Familie immer ſtärker hervor, ſo daß das Vorkommen eines Satzes im ſpäteren Recht nicht berechtigt, denſelben auch ſchon im älteren Recht vorauszuſetzen; die zweite Operation aber beruht auf einer irrigen Auffaſſung des Begriffs Mundium. In dem Mundium als dem Vertretungsrecht geht weder der ſittliche noch der rechtliche Inhalt der Verhältniſſe zwiſchen Vater und Sohn, Mann und Frau, agnatiſchem Vormund und Mündel auf, ſondern Mundium iſt nur die Bezeichnung für eine Seite dieſer Verhältniſſe. Dieß erkennt auch Kraut [18]) für das eheliche und väterliche Verhältniß an, allein es gilt ebenfalls für die Vormundſchaft über Unmündige. Nur bei der Geſchlechtsvormundſchaft im engeren Sinn, in ihrer ſpäteren Ausbildung, ſowol nach deutſchem als nach römiſchem Recht, geht der rechtliche Inhalt ganz in der Vertretung auf. Ferner aber hat auch das Mundium keinen feſt beſtimmten rechtlichen Inhalt, eben ſo wenig als das Gewaltverhältniß, welches von den Römern urſprünglich wol allgemein als manus, ſpäter als potestas bezeichnet wurde. König (Magiſtrat), Vater, Agnat [19]) und Ehemann ſind hier, wie dort, Inhaber dieſer Gewalt; der Inhalt iſt überall Schutz- und Vertretungsrecht, reſp. Pflicht. Die nähere Beſtimmung des Schutzes und der Vertretung dem Umfang und den Bedingungen nach ergibt ſich erſt aus der Natur des Verhältniſſes zwiſchen Schützer

18) Die Vormundſchaft nach den Grundſätzen des deutſchen Rechts. Bd. II. S. 345. 588.

19) Auch die tutela und die cura furiosi wird als potestas bezeichnet.

und Beſchütztem. Kraut[20]) kömmt dadurch zu einem beſtimmten Begriff, daß er, ſoweit das Mundium in der Familie vorkömmt, als Subjecte deſſelben überall einerſeits das wehrloſe Familienglied, andererſeits die Familie ſelbſt annimmt, welche durch ein wehrhaftes Glied vertreten werde. Dieſe Annahme einer Vertretung ſcheint mir aber keineswegs für den Vater und den Ehemann gerechtfertigt. Dieſe beiden ſtehen vielmehr dem Kind und der Ehefrau, welche beide erſt durch ſie der Familie zugeführt werden, aus eigenem Recht als Vater und Ehemann gegenüber; davon, daß dieſelben als „Organe der ganzen Familie" angeſehen worden ſeien, findet ſich in den Quellen keine Spur. Dieſe laſſen die Familie immer nur eventuell als Vertreterin eintreten, wenn der Vater oder der Ehemann nicht vorhanden iſt. —

Wenn in den alten germaniſchen Rechtsquellen das Verhältniß zwiſchen Mündel und Familienvormund, zwiſchen Ehemann und Ehefrau Gegenſtand rechtlicher Berückſichtigung iſt, des Verhältniſſes zwiſchen Vater und Sohn aber faſt nie gedacht wird, ſo erklärt ſich dieß daraus, daß die erſteren Verhältniſſe nach mehreren Seiten hin rechtlich realiſirt werden konnten und realiſirt wurden. Der agnatiſche Vormund war in der That ein Vertreter der ſämmtlichen Verwandten, dieſe hatten eine Controle über ihn und konnten dieſelbe rechtlich geltend machen; je entfernter der Verwandtſchaftsgrad zwiſchen Vormund und Mündel war, deſto wirkſamer war das Recht der Verwandten und deſto größer die Anzahl derer, welche gegen den Vormund auftreten konnten. Hinter der Frau ſtand der Vater oder die geſammte Familie derſelben, welche fähig war, die Rechte derſelben dem Ehemann gegenüber zu vertreten. Deßwegen war die Möglichkeit und das Bedürfniß

20) a. a. O. Bd. I. S. 62.

vorhanden, die betreffenden Rechte feſtzuſtellen. Das Verhältniß zwiſchen Vater und Sohn konnte das germaniſche Recht gar nicht beſtimmen, ſondern mußte es ebenſo, wie das römiſche Recht lediglich der Sitte überlaſſen, ſchon aus dem äußerlichen Grund, weil eine Möglichkeit nicht vorhanden war, die Rechte des Kinds gerichtlich geltend zu machen [21]). Nur in Betreff des Mutterguts war es den Verwandten vielleicht ſchon in der alten Zeit möglich, aufzutreten, und dabei war es das eigene Intereſſe, welches ſie wahrten. Höchſtens wäre ein indirectes Einſchreiten, wie das cenſoriſche, möglich geweſen, und auch dieß kaum vor Ausbildung der königlichen Gewalt. Aber auch ein ſolches findet ſich in den alten Quellen nicht. — Kraut [22]) will freilich dem Sohn gegen den Vater einen allgemeinen Schutz in den mütterlichen Verwandten geben, aber ſein Hauptargument beſteht in der Berufung auf den oben widerlegten Satz, daß „ja auch die Gewalt des Vaters über die Kinder nach deutſchem Recht nur eine Vormundſchaft ſei.“ Der einzige Beleg, welchen er für dieſe Vertretung aus der alten Zeit beibringt, ſind die Worte des Tacitus [23]): Sororum filiis idem apud avunculum, qui apud patrem honor. Hierin kann aber wol ſchwerlich ein Beweis gefunden werden. Das weiter angeführte Goslarſche Erkenntniß [24]) ſagt nur aus, daß die Verwandten der Frau gegen den Ehemann den Todtſchlag derſelben verfolgen. Wenn dort auch des Kinds Erwähnung geſchieht, ſo ſcheint dieß deßwegen zu geſchehen, weil der beklagte Ehemann die Legitimation der Verwandten der Frau zur Klage damit

21) Garantien gegen den Mißbrauch der väterlichen Rechte kannte das germaniſche Recht eben ſo wenig, als das römiſche.

22) a. a. O. Bd. I. S. 43.

23) Germania c. 20.

24) Abgedruckt bei Kraut a. a. O. Bd. I. S. 40.

beſtritten hatte, daß ſein und ſeiner Ehefrau Kind als nächſter Verwandter der Letzteren zur Klage berechtigt ſei und das Urtheil ungeſchickter Weiſe darauf eingeht. Das von Kraut hierbei angezogene edictum Rotharis 201. läßt das Kind ganz außer Betracht in Betreff der Klage gegen die Mutter, reſp. der Uebertragung derſelben an die mütterlichen Verwandten. Die citirten lübiſchen und hamburgiſchen Statuten ſprechen nur von Beiziehung der Verwandten bei Theilung des Vaters mit den Kindern. So bleibt nur noch das kleine Kaiſerrecht (II, 5) übrig, welches „des Vaters nächſten Freunden das Recht gibt, daß ſie den Sohn ſcheiden von dem Vater, der aus eigener Schuld mit ſeinem Kind unfriedlich lebt.“ Abgeſehen von dem verhältnißmäßig neuen Datum dieſer Quelle beweiſt die Stelle deßwegen nicht, weil ausdrücklich von des Vaters Verwandten geſprochen wird.

Es wird uns berichtet, daß nach dem alten Recht der Vater das Kind habe tödten und verkaufen dürfen. Um die Beſchränkung des väterlichen Rechts darzuthun, beruft man ſich darauf, daß dieſe „Rechte“ nur bedingt anerkannt geweſen ſeien. Ich folge hier wieder der Argumentation Kraut's[25]). Er erwähnt zuerſt die Stelle aus der vita Ludgeri[26]). Hier iſt aber die Beſchränkung des Rechts, Neugeborene zu tödten auf die Zeit, ehe dieſelben Speiſe zu ſich genommen, gerade nur als religiöſe und ſittliche bezeichnet (contra religionis sectam — juxta morem paganorum). Die von der Großmutter Beauftragten getrauen ſich nicht, ihr Gewiſſen zu beſchweren, eine ſonſtige Gefahr wären ſie nicht gelaufen, gerade das Nichterfüllen ihres Auftrags wagen ſie nicht zu geſtehen. Von der Ausübung eines Rechts kann hier auch gar nicht geſpro-

25) a. a. O. Bd. I. S. 45.

26) Nach den drei verſchiedenen Abfaſſungen in Grimm's Rechtsalterthümern S. 458 abgedruckt.

chen werden; das dominare in tota domo filii kann nach den drei verſchiedenen Abfaſſungen nicht, wie Kraut will, als Begründung der ohnedieß ungerechtfertigten Ausübung des Rechts Namens des Sohns angeſehen werden. — Weiter bezieht ſich Kraut auf die Beſchränkung des Verkaufs der Kinder. Hier handelt es ſich aber nicht um die Ausübung einer Befugniß innerhalb der Familie, ſondern um ein Rechtsgeſchäft, welches außerhalb der Familie Kraft haben ſollte (ſ. o. N. 12 a. E.). Im Allgemeinen wird dem Vater das Recht abgeſprochen, ſeine Kinder in gewinnſüchtiger Abſicht in Unfreiheit zu verkaufen, und nur im Fall ächter Noth zugeſtanden. Daß der Verkauf aber in dieſem Fall rechtliche Wirkung hervorbrachte, ſpricht für die Stärke, welche man dem Recht des Vaters zuerkannte. Auch iſt hierbei auf die oben berührte Faſſung der deutſchen Quellen Rückſicht zu nehmen, aus welchen man nicht mit derſelben Sicherheit Schlüſſe ziehen darf, wie aus den römiſchen, da ſie häufig ein Verhältniß nicht lediglich ſeiner juriſtiſchen Natur nach in's Auge faſſen, ſondern von ſeiner thatſächlichen Erſcheinung ausgehen.

Von allen leges barbarorum hat nur die lex Wisigothorum [27]) eine Strafbeſtimmung für den Fall der Tödtung des Kindes. Bei den Weſtgothen war aber auch der Grundſatz des ex officio Einſchreitens des Richters bei Verbrechen anerkannt [28]). Das Stillſchweigen der anderen Rechtsſammlungen iſt um ſo gewichtiger, als die Tödtung des Kindes ſchlechterdings nicht nach den allgemeinen Grundſätzen über Tödtung beurtheilt werden konnte, indem zu einer Klage auf die Compoſition es an einem Kläger fehlte. Beſonders wichtig aber ſind diejenigen Stellen in einigen leges, welche die

27) L. VI. tit. V. c. 18.
28) L. Wisig. l. VI. tit. V. c. 14.

Verwandtentödtung beſonders behandeln. So ſpricht edictum Rotharis 163. von dem Mord eines parens, ſetzt den Anfall des Vermögens des Mörders an die nächſten Verwandten, eventuell an den Fiscus feſt, übergibt ihn ſelbſt der arbiträren Beſtrafung durch den König, erklärt aber das Wort parens mit: frater aut barbanus, quod est patruus, seu consobrinus. Die l. Alamann. 40. erwähnt die Tödtung des pater, patruus, frater, avunculus[29]), filius fratris, avunculi, patrui, der mater und soror, ſetzt feſt, daß das Vermögen des Mörders confiscirt werde und er ſelbſt poenitentiam secundum canones agat. Die l. Frisionum tit. XIX. beſtimmt für die Tödtung des Vaters Verluſt von deſſen Erbſchaft, für die des Bruders Zahlung des Wergelds an deſſen Verwandte, eventuell an den König[30]). Die l. Ripuariorum tit. LXIX. ſetzt auf Tödtung eines proximus sanguinis[31]), ſowie auf Inceſt Exil und Confiscation. — Es kann hier nicht ein zufälliges Uebergehen der Tödtung der Kinder durch den Vater angenommen werden, und der Schluß, daß eben dafür keine rechtliche Strafbeſtimmung exiſtirte, iſt um ſo mehr gerechtfertigt, als einige Beſtimmungen über den Verwandten-

29) Wilda, Strafrecht der Germanen, S. 715, hat in dem Abdruck dieſer Stelle hier „filium suum“ eingeſchaltet. Ich habe dieſe Worte weder in den Ausgaben von Canciani, Georgiſch und Walter, noch in den verſchiedenen Texten und Varianten von Merkel gefunden.

30) Daß hierunter das Kind nicht mitbegriffen iſt, ergibt eine Vergleichung mit den anderen Stellen.

31) Vergl. noch edict. Roth. 196, wonach zwar die anderen Verwandten ihr Mundium verlieren, wenn ſie dem Leben des Mündels nachgeſtellt haben, nicht aber der Vater (und Bruder. Daß Letzterer ebenfalls erwähnt wird, iſt nur ein Beleg dafür, daß nach langobardiſchem Recht auch das Mundium der Verwandten je nach der Perſon des Inhabers deſſelben einen verſchiedenen Inhalt hatte). S. auch ed. Roth. 195. 197.

mord ſchon nicht mehr dem alten Strafrecht angehören, ſondern öffentliche und kirchliche Strafen enthalten, welche auch gegen den Vater hätten erkannt werden können.

Ueber das Güterrecht wird uns aus der alten Zeit ebenfalls wenig berichtet. Die Kinder wurden vom Vater vertreten und waren unfähig, ſelbſt Geſchäfte abzuſchließen. Der Vater hatte die Adminiſtration und Dispoſition über das Vermögen. Bei einigen Stämmen war er jedoch, wie durch ſeine anderen Verwandten, ſo durch die Söhne in der Veräußerung der Immobilien beſchränkt; dieſe Beſchränkung wurde aber erſt practiſch von da an, wo die Söhne ſelbſt klagend auftreten konnten. Der Erwerb der Söhne fiel in das Familiengut, Sondervermögen hatten dieſelben nicht. Bei den Weſtgothen nur wird von ihrem Recht an dem Muttergut geſprochen und obgleich die lex Wisigothorum keineswegs rein germaniſches Recht enthält, ſo bin ich doch geneigt, ein ſolches Recht auch bei anderen Stämmen, wenigſtens in Betreff der Immobilien, anzunehmen. — Einen Rechtsact, durch welchen der Sohn aus der Familie austrat, gab es nicht. Schon in den früheſten Zeiten ſcheint es aber häufig vorgekommen zu ſein, daß der erwachſene Sohn von der Familiengemeinſamkeit ſich trennte, und es entſprach dieß gewiß eben ſo ſehr den vorhandenen Verhältniſſen, als das in Rom übliche Zuſammenbleiben. Der nicht mehr unter den Augen des Vaters lebende Sohn war der Zucht deſſelben entrückt. Ob er auch von dem Recht am Familienvermögen ausgeſchloſſen war, richtete ſich wol danach, ob er von dem Vater ſchon ſeinen Theil erhalten hatte oder nicht, beziehungsweiſe danach, ob andere Söhne beim Vater zurückgeblieben waren. Thatſächlich aus der Gemeinſchaft getreten, erwarb er für ſich und vertrat ſich ſelbſt. Rechtlich war er nicht aus der Familie getreten, nur diejenigen Rechte hatte er verloren, die er ſpeciell aufgegeben. —

Man ſtellt eine Reihe von Fragen auf: Wann hörte das väterliche Recht auf, mit der Volljährigkeit oder mit der Abſonderung? Konnte auch der Minderjährige abgeſondert werden und gingen auch dann die väterlichen Rechte unter? Fällt Abſonderung und aus dem väterlichen Hauſe Scheiden zuſammen? u. ſ. w. Die alten Quellen geben keine Antwort, und eine Antwort iſt wol auch kaum zu geben. Für die verwandtſchaftliche Vormundſchaft hat die Volljährigkeit Bedeutung, für die Stellung des Vaters zu den Kindern in dem alten Recht ſicherlich nicht. Der Auffaſſung dieſes Rechts entſpricht es, daß das thatſächliche Verlaſſen des väterlichen Hauſes den Endtermin der väterlichen Rechte bildet. Die Tochter wird entweder in die Familie ihres Ehemanns übertragen oder bleibt zeitlebens im väterlichen Haus, im Genuß des Familienguts und unter der väterlichen Zucht.

Vergleicht man hiernach den Inhalt des Verhältniſſes zwiſchen Vater und Kindern nach altrömiſchem und nach altgermaniſchem Rechte, ſo ſtellt ſich eine principielle Verſchiedenheit ſicherlich nicht heraus: in beiden ſtrenger Anſchluß an die Sitte, reſp. unbedingte Anerkennung der Sitte und dieſe im Weſentlichen übereinſtimmend. Charakteriſtiſch iſt in beiden die völlige Fernhaltung jedes ſtaatlichen Einfluſſes, jeder Controle.

Die ſpäteren Rechtsquellen beſprechen das Verhältniß zwiſchen Vater und Sohn mit Bezug auf das Muttergut und bezeichnen das Recht des Vaters an demſelben als Vormundſchaft. Namentlich in Bezug darauf treten die Verwandten den Vater controlirend auf und ſpäter auch der Staat ſelbſt. Der Vater verwaltet das Muttergut und gibt es dem Sohn bei der Aufhebung der Gemeinſchaft heraus. Dieſe, „die Sonderung, Abtheilung," iſt ſehr üblich, doch divergiren Betreffs derſelben die Quellen ſehr weit von einander. Während z. B.

der Sachſenſpiegel (II, 19 §. 1) die Sonderung nur als Rechtsſitte erwähnt und die Beſtimmung des Theils des Vermögens, welchen der Sohn erhält, der freien Vereinbarung überläßt (nach den Worten braucht der Sohn nicht in die Sonderung zu willigen, wenn ihm zu wenig geboten wird)[32], ſtellt der Schwabenſpiegel (Laßberg 186) die Sonderung und die Herausgabe einer beſtimmten Quote des Vermögens als Rechtspflicht des Vaters auf. Andere Quellen ſchreiben nur unter gewiſſen Vorausſetzungen, namentlich Wiederverheirathung des Vaters, die Sonderung vor und laſſen oft auch die Klage nur auf das Muttergut gehen[33]. Verwandte kommen hierbei als Vertreter der Rechte des Kinds vor, häufig auch Einmiſchung des Staats, namentlich wo die Verwandten fehlen. So lange aber die Gemeinſchaft dauert, erwirbt der Sohn, was er nicht von Mutterſeite erbt, der Gemeinſchaft, er kann mit dem Vater kein Geſchäft abſchließen und wird von dieſem vertreten.

Des Zuchtrechts geſchieht faſt nie Erwähnung.

Wenden wir uns zu der Darſtellung des Verfs. zurück. — Als Conſequenzen aus der germaniſchen Auffaſſung der väterlichen Gewalt als Vormundſchaftsrecht werden aufgeſtellt:

1) die Endigung derſelben, ſobald die Kinder erwachſen ſind und in ſelbſtſtändige Lebensverhältniſſe übergehen;

2) die Ausübung des Erziehungsrechts unter der Ober-

---

32) Auch die Wirkungen der Sonderung ſind nach dem Sachſenſpiegel nicht überall dieſelben rechtlich beſtimmten, ſondern richten ſich nach dem zwiſchen Vater und Sohn abgeſchloſſenen Rechtsgeſchäft. Der Sohn ſcheidet entweder ganz aus der Familie, ſo daß er auch kein Erbrecht behält, oder die Abtheilung erſcheint nur als eine proviſoriſche, welche erſt bei dem Tode des Vaters und nach vorgenommener Collation durch die Erbtheilung eine definitive wird.

33) S. Kraut, Vormundſchaft. II. 595.

aufſicht des Staats, der durch Schulzwang für den gehörigen Unterricht der Kinder ſorge und

3) im Falle des Mißbrauchs der väterlichen Gewalt einſchreite;

4) Recht der Kinder an dem ihnen angefallenen Vermögen, Nießbrauch des Vaters daran, ſo lange es unter ſeiner Verwaltung ſteht.

Das ältere germaniſche Recht kennt nun aber die unter Nr. 2 und 3 aufgeſtellten Sätze nicht, ob den Satz unter Nr. 4, iſt zweifelhaft. Auch in ſpäteren, rein germaniſchen Rechtsquellen ſucht man vergeblich nach dem Satz unter Nr. 2 [34]). Das ſpätere römiſche Recht kennt aber das ſtaatliche Einſchreiten (Nr. 3) in derſelben Weiſe, wie das ſpätere deutſche. In Betreff des Satzes in Nr. 4 entſprechen ſich die ſpäteren Bildungen beider Rechte nicht völlig, das römiſche enthält aber keineswegs nur ein minus von Rechten der Kinder, indem es bei manchen Vermögensmaſſen weder väterliche Verwaltung noch Nießbrauch kennt. — Wenn aber der moderne Staat im Stande war, in conſequenter Verfolgung ſeines Ziels das väterliche Recht in der unter Nr. 2 dargeſtellten Weiſe aufzufaſſen und auszubilden; wenn ferner das neuere Recht in Uebereinſtimmung mit der ſittlichen germaniſchen Anſchauung die hauptſächlichen Wirkungen des väterlichen Rechts fortwährend an die thatſächliche Gemeinſchaft mit den Kindern knüpft [35]), ſo iſt, die practiſche Seite des Verhältniſſes in's Auge gefaßt, wol nicht einzuſehen, welchen ſchädlichen Ein-

34) Fehlt er ja bis heute noch faſt gänzlich in dem nicht durch das römiſche Recht inficirten England, wo ſich überhaupt die väterlichen Rechte noch kräftiger erhalten haben, als in anderen Staaten.

35) In der separata oeconomia liegt eine Emancipation nicht, denn es wird dadurch das Familienband auch in früherer Zeit nicht zerriſſen.

fluß die Reception des römiſchen Rechts auf das Familienrecht gehabt haben könne, und es mag wol auch ſchwerlich in dieſer Beziehung von einer Romaniſirung unſerer Anſchauungsweiſe[36]) geſprochen werden können.

§. 21.

Die Ehe und das eheliche Güterrecht.

Darſtellung des Verfs.[1]): Die ſchon in der vorchriſtlichen Zeit von den Germanen als ſittlich unauflösliches Band aufgefaßte Ehe erhält unter dem Einfluß des Chriſtenthums den Charakter eines Rechtsverhältniſſes, zu deſſen Eingehung eine kirchliche Handlung erforderlich und deſſen Beſtand von der Willkür der Ehegatten unabhängig iſt. „Der Mann, als das Haupt der Familie und als der natürliche Schützer des Weibes, iſt ihr *ehelicher Vormund*; ſie ſteht unter ſeinem mundium, und theils als Folge hiervon, theils weil bei der innigen, zwiſchen Ehegatten beſtehenden Lebensgemeinſchaft dieſelben nicht wol getrenntes Vermögen haben können, nimmt der Mann auch all ihr Gut in ſeine Gewere zu rechter Vormundſchaft, wobei denn übrigens auch für den Fall des Todes des Ehemannes, durch *Witthum*, *Altentheil*, *portio statuaria* ꝛc. für eine ſtandesmäßige Verſorgung der überlebenden Wittwe geſorgt wird.“ Die in §. 37 ausgeführten „Modificationen dieſer Principien in den verſchiedenen Berufsſtänden“ werden weiter unten angeführt werden.

Von den Römern wird zwar auch die ſittliche Unauflöslichkeit der Ehe anerkannt, aber die Conſequenzen daraus ſind nur ſittliche. Rechtlich aber iſt die Ehe ein der Privatdispoſition der Ehegatten unterworfenes Rechtsverhältniß, die Eingehung

36) *Schmidt*, S. 12.
1) §. 21 II. S. 202.

derſelben von den bei der Schließung üblichen religiöſen Feierlichkeiten unabhängig, „Princip der Civilehe,“ und willkürliche Scheidung ſelbſt durch einſeitigen Willensact eines Theiles geſtattet. Die ſittliche Reaction gegen die erſte Eheſcheidung und die ſpäter gefühlte Nothwendigkeit, die Ehe zu begünſtigen und dem Mißbrauch der Scheidungen entgegen zu treten, konnten doch nur zu indirectem Einſchreiten des Staats führen. Da ein ſittlich beſchränktes Herrſchaftsrecht des Ehemanns über die Perſon und das Vermögen der Ehefrau von den Römern nicht conſtruirt werden konnte, ſo war es nur möglich, daß die Frau entweder der Herrſchaft des Manns abſolut unterworfen wurde, aufhörte, ſelbſtſtändiges Rechtsſubject zu ſein und wie die Kinder integrirender Theil der Perſon des Manns wurde — oder völlig frei und unabhängig von ihm blieb, nicht in ſeine Familie trat und mit Ausnahme der dos ihr Vermögen für ſich und unter eigener Verwaltung behielt, für die dos aber ein privilegirtes Pfandrecht erhielt. —

Käme es darauf an, mit allgemeinen theoretiſchen Ausſprüchen römiſcher Juriſten die ſittliche Auffaſſung der Ehe im römiſchen Recht darzuthun, ſo fehlte es nicht an einer Anzahl von bekannten Stellen, welche nicht nur gelegentlich, ſondern ex officio ſich über die ſittliche und dauernde Natur der Ehe ausſprechen. Da aber eine Rechtsanſchauung nur durch die Rechtsſätze, in welchen ſie ſich manifeſtirt, bewieſen werden kann und nur als in dieſer Art manifeſtirte Bedeutung hat, ſo ſind ſtatt ſolcher Ausſprüche folgende aus dieſer Anſchauung hervorgegangene Rechtsſätze anzuführen. Die Ehe zwiſchen nahen Verwandten wird rechtlich nicht anerkannt, da dieſelbe ſittlich verwerflich erſcheint. Daſſelbe gilt von der Bigamie, gegen welche, wenn die Ehe nur auf der Privatdispoſition beruhte, ſicherlich nichts eingewendet werden könnte, ſobald namentlich auch der Ehegatte des binubus conſentirte. Der

Ehebruch wird als Delict behandelt. Durch das Recht wird Sorge getragen, daß die dem ſittlichen Weſen der Ehe entſprechende Freiheit der Eingehung nicht aufgehoben oder beſchränkt wird. Der Mann wird als geborner Vertreter der Frau vor Gericht anerkannt. Er hat bei Verletzung der Ehefrau eine Injurienklage, wie der Vater. Aus der reverentia, welche die Frau ihm ſchuldet, wird die rechtliche Unfähigkeit abgeleitet, das beneficium competentiae durch Vertrag auszuſchließen; mit der Ehe wird es für unvereinbar angeſehen, daß die Ehefrau einem Anderen, ſelbſt ihrem Patron, Dienſte leiſtet (nam in officio mariti esse debet). Die Frau erhält den Rang und das Forum ihres Manns; wo dieß nicht möglich iſt, wird die Verbindung rechtlich nicht als Ehe anerkannt. Das ſittliche Verhältniß der Ehegatten zu einander bringt endlich beſonders qualificirte Rechtsinſtitute in Bezug auf das Vermögen derſelben hervor. Dieſe Sätze galten zu allen Zeiten und für die verſchiedenen Arten der Ehe.

Der Verf. legt ein Hauptgewicht auf das „Princip der Privatſcheidung, wodurch rechtlich die Ehe ein der Privatdispoſition der Ehegatten unterworfenes Rechtsverhältniß geworden ſei, im Gegenſatz zu der auch von den Römern anerkannten ſittlichen Unauflöslichkeit der Ehe.“ In den ſpäteren Zeiten, in welchen die Freiheit der Eheſcheidung zweifellos anerkannt iſt, exiſtirt die behauptete ſittliche Auffaſſung nicht, ſondern im Gegentheil, die Ehe wird als ein ſittlich freies, auf der fortdauernden affectio maritalis beruhendes Verhältniß gedacht, welches daher auch willkürlich aufgehoben werden kann. Dieſe Auffaſſung iſt auch im Recht anerkannt. Ein Vertrag, der die Eheſcheidung ausſchließt oder dem die Scheidung vornehmenden Ehegatten eine Strafe auflegt, wird für ungültig erklärt. Die Quellen bezeichnen einen ſolchen Vertrag als dem Weſen der Ehe zuwiderlaufend; den Willen in dieſer

Beziehung zu binden, wird für inhonestum erklärt [2]). Wurde die Erklärung, daß die Ehe geſchieden ſein ſolle, von beiden Ehegatten abgegeben, ſo traf keinen ein ſittlicher Tadel, erfolgte die Erklärung jedoch von der Seite eines Ehegatten, ohne daß dazu genügender Grund vorhanden zu ſein ſchien, oder gab ein Ehegatte durch ſein uneheliches Benehmen Veranlaſſung zur Aufhebung der Ehe, ſo traf ihn der ſittliche Tadel. Ganz derſelben Auffaſſung gemäß bilden ſich nun auch Rechtsſätze aus — die Eheſcheidung, auch die einſeitige, iſt frei, aber den ſchuldigen Theil treffen gewiſſe Nachtheile reſp. öffentliche Strafen.

Was das alte Recht betrifft, ſo kann hier natürlich nicht der Ort ſein, auf die verſchiedenen Controverſen über die Scheidungsbefugniß einzugehen, ſo viel aber kann wol mit Sicherheit behauptet werden: weder erkennt auf der einen Seite die Sitte die völlige Unauflöslichkeit der Ehe an, noch finden ſich im älteſten Rechte Spuren von der abſoluten Trennbarkeit derſelben auch durch einſeitigen Willensact. Vielmehr iſt es der Ehemann, welcher als Familienhaupt die Ehefrau aus der Familie verſtößt, und zwar handelt er hierbei nicht willkürlich, ſondern ſeine Competenz iſt eine ähnliche, nur durch die nothwendige Berückſichtigung der Verwandten der Frau beſchränktere, wie die in Betreff der Kinder, und ſie wird in derſelben Weiſe vom Staat anerkannt und controlirt.

Die älteſte germaniſche Anſchauung geht natürlich ebenfalls von der lebenslänglichen Dauer der Ehe aus; damit war jedoch noch keineswegs die Unauflöslichkeit derſelben rechtlich anerkannt. Der Ehemann konnte wegen Verbrechen der Frau

2) Wollte man etwa die Inhoneſtät darin finden, daß die Scheidung überhaupt berührt würde, ſo widerlegt ſich dieß durch die Anerkennung der Verträge über die Schickſale der dos für den Fall der Scheidung.

dieſelbe verſtoßen, nicht aber jene ihn verlaſſen. In unſeren älteſten Quellen[3]) findet ſich eine directe Realiſirung der Unauflöslichkeit ſelbſt durch das Recht nicht vor. Hatte der Ehemann die Frau verſtoßen, ſo war die Ehe geſchieden, die Verſtoßung ohne von der Sitte anerkannten Grund galt nur als Beleidigung der Frau, reſp. der Verwandten derſelben und dafür mußte gebüßt werden. Durch richterliches Erkenntniß erfolgte aber die Scheidung ſelbſt nie, auch nicht, wenn gegründete Urſachen zur Verſtoßung vorlagen. Im letzteren Fall wurde nur der Ehemann, gegen welchen die Verwandten der verſtoßenen Frau geklagt hatten, abſolvirt. Oeffentliche Strafen finden ſich an einigen Stellen nur für die ehebrechende Frau und ihren Genoſſen. — Das ſpätere germaniſche Recht bildet nur das eheliche Güterrecht aus und überläßt die ſonſtige Behandlung der Ehe dem allgemeinen canoniſchen Recht, deſſen Rechtsbildungen, wenn ſie auch oft der germaniſchen Anſchauung entſprechen, doch dem germaniſchen Recht nicht angehören.

Was die Eingehung der Ehe betrifft, ſo war bei ſ. g. confarreirter Ehe die religiöſe Eingehung begriffsmäßig, bei den übrigen begleiteten religiöſe Handlungen die Eingehung, ohne daß die Unterlaſſung derſelben jedoch die Ehe ungültig gemacht hätte. Ebenſo forderte die germaniſche Sitte, wie wol die jedes Volks, religiöſe Weihe der Ehe; wie wenig dieſelbe aber auf den Rechtsbeſtand der Ehe von Einfluß war, geht daraus hervor, daß die Rechtsquellen wiederholt anführen, daß der Kirchgang erſt nach der Conſummation, welche den Anfang der ehelichen Güterrechte bildet, und nach der Beſtellung der Morgengabe vorgenommen wurde. Erklärte

3) Daß die in der lex Wisigothorum enthaltenen Conſtitutionen nicht als Niederlagen des älteſten Rechts gelten können, braucht kaum bemerkt zu werden.

ja doch ſelbſt die Kirche die religiöſe Weihe nicht für nothwendig und das Erforderniß der wenigſtens nach der katholiſchen Auffaſſung davon zu unterſcheidenden (weil lediglich in einer qualificirten Conſenserklärung beſtehenden) kirchlichen Eingehung datirt erſt vom Tridentiner Concil und den proteſtantiſchen Kirchenordnungen[4]).

Die vermögensrechtliche Seite der Ehe iſt die im Recht am meiſten berückſichtigte. In der Art der Behandlung derſelben wird nun ebenfalls eine principielle Verſchiedenheit zwiſchen dem germaniſchen und dem römiſchen Recht gefunden und dem letzteren Recht der Vorwurf einer dem ſittlichen Verhältniß der Ehegatten nicht entſprechenden Auffaſſung gemacht. Es iſt aber weder dieſer Vorwurf begründet, noch jene Verſchiedenheit materiell vorhanden.

Ebenſo, wie die Anſicht von einer thatſächlichen Vermögensgemeinſchaft zwiſchen Vater und Kindern ſich überall vorfindet und rechtliche Wirkungen hervorbringt, iſt dieß auch in Betreff des Vermögens der Ehegatten der Fall. Wie dort der Vater, erſcheint hier der Ehemann als Haupt der Gemeinſchaft und Vertreter des gemeinſchaftlichen Vermögens. So auch in Rom. Für die ältere Zeit liegt dieß klar vor, aber auch dem ſpäteren Recht liegt dieſe Auffaſſung zu Grunde.

Der Feſtigkeit und Ausſchließlichkeit der Familienverbindung der alten Zeit entſprechend iſt der Eintritt der Ehefrau in die Familie des Manns mit ihrer geſammten Perſönlichkeit, alſo auch namentlich mit ihrer Vermögensfähigkeit.

4) Es iſt eine ganz äußerliche Auffaſſung, wenn der Verf. „das Princip der Civilehe in der Unabhängigkeit des Beſtands der Ehe von den bei ihrer Schließung üblichen religiöſen Feierlichkeiten" erkennt. Dieß Princip beſteht vielmehr darin, daß kirchliche Satzungen auf die Ehe überhaupt ohne Einfluß ſind. Auch die (vor dem Tridentinum) formlos eingegangene Ehe war keine Civilehe, denn ſie unterlag der Beurtheilung nach kirchlichen Grundſätzen.

Ihr vorhandenes und das von ihr zu erwerbende Vermögen wird der Familie erworben. Ihr Vater radet ſie aus und damit iſt ſie von deſſen Familienvermögen abgefunden. In der Familie ihres Ehemanns ſteht ſie, was das Vermögen betrifft, in ähnlicher Stellung wie die Tochter, d. h. ſie wird aus dem Familienvermögen unterhalten, erwirbt für daſſelbe und erhält bei dem Auseinanderfall deſſelben einen Theil für ſich. Verſtoßen werden aus der Familie kann ſie urſprünglich ſicherlich eben ſo wenig, als das Kind, oder doch nur in Folge von Verbrechen; daß der Ehemann eine Verſtoßung aus eigennütziger Abſicht vornahm, dagegen iſt ihr eine beſondere Garantie in der Zuziehung ihrer Verwandten bei der Ausübung des ehemännlichen Zuchtrechts gegeben. Als willkürliche Verſtoßungen ſpäter aufkamen, wurde das Vermögen der Frau für einen ſolchen Fall durch Vertrag geſichert und das Recht erkannte dieſe Sicherung und die damit herbeigeführte Modification der Manus an[5]). Daß der Frau der Austritt aus der Familie nicht freigeſtanden hat, iſt dem ſittlichen Verhältniß ebenfalls entſprechend. Die ſpätere larere Auffaſſung rechtfertigt auch die rechtliche Anerkennung eines ſolchen Austritts, welcher ſeine vermögensrechtlichen Wirkungen den Beſtimmungen des rechtlich anerkannten Ehevertrags gemäß äußerte. — Die naturgemäße Fortbildung des ehelichen Güterrechts wäre nun wol die geweſen, daß daſſelbe ſich anfänglich durch Vermittelung von Verträgen, ſpäter durch allmälige Firirung des üblichen Inhalts derſelben in Rechtsſätzen der veränderten ſittlichen Auffaſſung gemäß aus den urſprünglichen Principien weiter entwickelt hätte, wie das bei dem Güterrecht der Kinder geſchah. Dieſer Bildungsgang fand aber aus dem beſonderen Umſtand nicht ſtatt, daß noch eine

5) Vergl. die Erzählungen von dem Aufkommen der rei uxoriae cautiones ſeit der Eheſcheidung des Carvilius Ruga.

andere Rechtsform für die Ehe aufgekommen war, welche der ſpäteren Auffaſſung von Anfang an mehr entſprach und welcher man ſich mit Vorliebe zuwandte [6]). Aus irgend welchem uns unbekannten Grund kamen ſchon früh Ehen vor, bei welchen die Frau rechtlich nicht in die Familie des Mannes übertrat, ſondern in ihrer eigenen verblieb. Die rechtliche Stellung der Ehegatten erſchien dadurch namentlich in Beziehung auf das Vermögen allerdings als eine verſchiedene, thatſächlich war die Verſchiedenheit urſprünglich jedoch keineswegs hervortretend [7]).

Der Vater ſtattet die ſich verheirathende Tochter ebenfalls aus und dieſer Act erſcheint immer noch als eine modificirte Abfindung aus dem väterlichen Vermögen (ſ. u.). Dieſe Ausſtattung oder, wenn die Frau sui juris iſt, ihr Vermögen oder, was ein Dritter ihr zu dieſem Zweck zuwendet, wird dem Ehemann übergeben, gehört dadurch dem Familienvermögen an und geht mit dieſem auf die Kinder über. Daß dieſer Uebergang auf den Mann nicht in Folge eines Rechtsſatzes, ſondern durch ein Rechtsgeſchäft erfolgen muß, iſt wenig bemerklich, denn auch bei der ſtrengen Ehe muß der Vater, der die Tochter ausradet (der häufigſte Fall), das die Ausſtattung bildende Vermögen durch ein Rechtsgeſchäft dem Mann übertragen, ebenſo der Fremde, und wenn die Frau ſelbſt Vermögen hat, kömmt in Betreff nicht mancipabler Sachen durch das Einbringen in das domicilium matrimonii

6) Dieſer Anſchluß iſt von beſtimmendem Einfluß auf die formale Auffaſſung des Inſtituts geweſen; materiell wäre ſicherlich auch durch Weiterbildung der Ehe mit Manus daſſelbe Reſultat erreicht worden.

7) Hat doch auch bei uns heut zu Tage die ſo große Verſchiedenheit der ehelichen Güterrechte auf die thatſächliche Stellung der Ehegatten zum Vermögen keinen merkbaren Einfluß.

dieſelbe äußere Handlung vor, wie bei der ſtrengen Ehe. In dem letzteren Fall mußte nur noch die Abſicht, Eigenthum übertragen zu wollen, dazu kommen und dieſe war nach Analogie der ſtrengen Ehe gleichſam ſelbſtverſtändlich vorhanden [8]). Zur Ceſſion der Forderungen bedurfte es eines beſonderen Actes nicht, da ja der Ehemann als ſolcher procurator der Frau war, und daß er es in rem suam war, nach außen hin gleichgültig und ununterſucht blieb. Nur die Uebertragung der res mancipi erforderte einen beſonders hervortretenden Rechtsact, doch konnte auch hier durch Uſucapion das Recht erworben werden. Was die Frau während der Dauer der Ehe erwarb, konnte ſie in derſelben einfachen Weiſe in das Familienvermögen übertragen. Daß das ſ. g. Verbot der Schenkungen unter Ehegatten nicht hindernd in den Weg trat, wird unten gezeigt werden.

So lange die alte Feſtigkeit der Ehe in der Sitte fortbeſtand, war auch in der Ehe ohne Manus eine totale Gütergemeinſchaft unter derſelben rechtlichen Form vorhanden, unter welcher die Gemeinſchaft zwiſchen Vater und Kindern beſtand. Das Aufkommen der Scheidung und die damit zuſammenhängende freiere Auffaſſung der Ehe verändern das Verhältniß thatſächlich und rechtlich. Der Vater der Ehefrau oder der Dritte, welcher dem Mann bei Eingehung der Ehe das Vermögen überwies, ſtipulirte den Rückfall an ſich, reſp. an die Frau für den Fall der Scheidung. Es lag nun nahe, daß man auch für den Fall der Trennung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten denſelben ſtipulirte. Daß der Inhalt

8) Daß die ſ. g. freie Ehe nicht als Gegenſatz zur ſtrengen in der Abſicht, den Vermögensübergang zu verhindern, erfunden wurde, ſondern da vorkam, wo ein Uebergang in die Familie urſprünglich nicht möglich, daß ſie alſo eine Ehe war, welcher eine Wirkung, die manus, mangelte, kann wol als ſicher angenommen werden.

dieſer Stipulationen, nachdem ſie allgemein üblich geworden, als Rechtsſatz ſich geltend machte, iſt anderen Rechtsbildungen vollkommen entſprechend.

Der Umſtand, daß das Vermögen nicht durch einen Rechtsſatz in das Vermögen des Manns (das Familienvermögen) überging, ſondern beſondere, wenn auch ſtillſchweigend vorzunehmende Rechtsgeſchäfte dazu nothwendig waren, machte es der Frau möglich, wenn ſie sui juris war, Theile ihres Vermögens für ſich zurück zu behalten, und zwar ſowol ihres urſprünglichen Vermögens, als des während der Ehe erworbenen. Als erſten Gegenſtand dieſes Vorbehaltes möchte ich, ohne jedoch hierauf beſonderes Gewicht zu legen, diejenigen Sachen bezeichnen, welche die Frau in ihrem eigenen Gebrauch hat, oder welche ihr von einem Dritten zu dieſem Zweck beſonders gegeben werden. Hier tritt es deutlich hervor, daß ſie nicht demſelben Zweck, wie das Familienvermögen, dienen ſollen, ſie ſind recht eigentlich Sondergut, peculium [9]), ähnlich wie die germaniſche Gerade.

Die den Sitten der ſpäteren Zeit entſprechende größere Selbſtſtändigkeit der Ehefrauen, die durch den ſteigenden Luxus und das Abnehmen der alten treuen und ſparſamen Vermögensverwaltung gerechtfertigte Furcht, das Ihrige durch den Ehemann einzubüßen, mochte die Ehefrau oder deren Verwandte veranlaſſen, auch andere Vermögenstheile als die zum ſpeciellen Gebrauch der Frau beſtimmten, dem Mann vorzuenthalten. Da auf dieſe Weiſe für das Vorbehaltene jedes innere poſitive Merkmal fehlte, ſo mußte eine juriſtiſche Con-

9) L. 9. §. 2. 3 de jure dotium, l. 31. §. 1 de mortis causa donationibus. *Παράφερνα* iſt urſprünglich, wo auf den beſonderen, von dem des übrigen Einbringens der Frau verſchiedenen Zweck geſehen wird, ein poſitiver Begriff. Später, lediglich von der rechtlichen Seite aufgefaßt, wird er ein negativer.

ſtruction nothwendig dazu gelangen, das Vorbehalten rein negativ als das nicht dem Familienvermögen des Ehemanns einverleibte Vermögen der Frau aufzufaſſen, während das dem Mann übertragene Vermögen wegen dieſes rechtlichen Merkmals den poſitiven Begriff bildete.

Daß das eheliche Güterrecht in der freien Ehe dieſen Gang genommen und der ſpätere Begriff der dos ſich reſtrictiv gebildet hat, davon ſehe ich den Beweis in dem Inſtitut des Dotalrechts, wie es in der ſpäteren Zeit vorkömmt, in der uns bekannten Fortbildung deſſelben, in einer uns aus der älteren Zeit mitgetheilten Nachricht und in dem Gebrauch der Bezeichnung dos.

Um mit dieſem letzteren Argument zu beginnen, ſo wurde in der älteren Zeit das Vermögen der Frau, welches durch die Ehe an den Mann kam, auch das bei der Ehe mit Manus ipso jure ihm zufallende als dos bezeichnet und erſt ſpäter auf das ſpeciell ad sustinenda matrimonii onera mit beſtimmten Beſchränkungen übertragene Vermögen beſchränkt. Ebenſo kömmt der Name res uxoria vor. Hätte nun von Anfang an eine verſchiedene Behandlung des Güterrechts bei der freien Ehe und bei der Ehe mit manus ſtattgefunden, ſo würde ſicherlich auch für das nach verſchiedenem Rechte bei dem Ehemann befindliche Vermögen eine verſchiedene Bezeichnung üblich geweſen ſein. — Die uns aufbewahrte Nachricht aus der älteren Zeit iſt die, daß vor der Zeit der carviliſchen Scheidung die actio und ſogar die cautiones rei uxoriae nicht bekannt geweſen ſeien. Haſſe[10]) hält dieſe Erzählung, was die cautiones betrifft, nicht für ganz genau, indem für den Fall des früheren Todes des Ehemanns cautiones noth-

10) Das Güterrecht der Ehegatten nach römiſchem Recht. §. 43 und 59.

wendig geweſen ſeien[11]). Sollte aber für dieſen Fall die Sitte nicht durch den ſo natürlichen Beiſitz der Wittwe im Haus des Mannes geſorgt haben? Sobald Kinder vorhanden waren, wenigſtens ſcheint mir das urſprüngliche Nichtvorhandenſein einer Rückforderung des Vermögens der Frau um ſo mehr angenommen werden zu müſſen, als auch in den ſpäteren Dotalverträgen, wie aus den in den Quellen vielfach angeführten Beiſpielen hervorgeht, ſo ſehr häufig der Rückfall der Dos oder eines Theils derſelben nur für den Fall der unbeerbten Ehe ſtipulirt wurde. Auch iſt hierbei die Möglichkeit und Ueblichkeit der Verſorgung der Ehefrau durch Verfügung Todes halber, namentlich durch Beſtellung eines vielleicht gerade zu dieſem Zweck eingeführten Uſusfructus, zu berückſichtigen.

Endlich aber erklärt ſich die Behandlung der dos in der claſſiſchen Zeit in keiner anderen Weiſe, namentlich bleibt die verſchiedene Behandlung derſelben nach Auflöſung der Ehe ein Räthſel. Hätte man die Dos als eine Vermögensmaſſe angeſehen, welche lediglich zu dem Zweck von dem Vermögen der Ehefrau getrennt werde, damit die Früchte zur Tragung der ehelichen Laſten während der Dauer der Ehe dienen, ſo lagen zwei Möglichkeiten der rechtlichen Behandlung derſelben vor. Das Recht des Ehemanns konnte in der Art eines

11) In dieſem Fall ſind nach der Strenge des Rechts die Stipulationen ſogar unwirkſam, da die Obligation in der Perſon des Erben ihren Anfang genommen hätte. Das Vorkommen einer benigna interpretatio, wie ſie Haſſe (S. 213) annimmt, iſt für die Zeit des Aufkommens der freien Ehe wol im Allgemeinen zweifelhaft. Es iſt aber auch dem Gang der römiſchen Rechtsbildung entſprechend, nur da durch benigna interpretatio ein unwirkſames Geſchäft aufrecht zu erhalten, wo andere wirkſame Geſchäfte ähnlicher Art ſchon üblich ſind. Nach der Erklärung Haſſe's würde man aber rechtlich unwirkſame Geſchäfte, welche ſich an andere wirkſame nicht angeſchloſſen hätten, von Anfang an benigne interpretirt haben müſſen.

Ususfructus, resp. Quasiususfructus aufgefaßt werden, welcher nach der Auflösung der Ehe ipso jure erlosch; oder es konnte ein wirklicher Uebergang der Substanz der Dos in das Vermögen des Ehemanns angenommen werden, deren Voraussetzung (causa) die Existenz der Ehe war. Nach beiden Constructionen mußte aber bei jeder Art der Auflösung der Ehe der Ehefrau und deren Erben, resp. dem Besteller die Rückforderung der Dos und der ganzen Dos zustehen, der Ehemann hätte während der Ehe auf den Beitrag zu den ehelichen Lasten verzichten, die Dos unbedingt zurückgeben und überhaupt der Ehefrau Zuwendungen machen können. Statt dessen begegnen wir der Ausschließung der Dotalklage bei Trennung der Ehe durch den Tod der Frau, der rechtlichen Unmöglichkeit irgend einer Disposition der Ehefrau für diesen Fall über die Dos während der Ehe, der Retention für die Kinder, dem Nichtübergang der nicht angestellten Dotalklage auf die Erben, der Unwirksamkeit der Restitution der Dos während der Ehe und der Schenkungen der Ehegatten. Alle diese Sätze erscheinen, wenn man von den erwähnten Ansichten ausgeht, als völlig unconstruirbare Willkürlichkeiten oder als Resultate äußerer Rücksichten, wie man dergleichen im alten römischen Recht sonst sicherlich nicht zu finden gewöhnt ist. In einem ganz anderen Lichte aber stellen sich diese Sätze dar, wenn man davon ausgeht, daß auch bei der freien Ehe das Vermögen der Frau anfänglich ganz in das Familienvermögen des Ehemanns überging, mit Lockerung des ehelichen Bandes aber auch eine Lockerung der zwischen den Ehegatten bestehenden Gemeinschaft rechtlich anerkannt und dem Inhalt der gewöhnlich abgeschlossenen Verträge gemäß Rechtssätze aufgestellt wurden, welche der Ehefrau mit der Zeit immer größere Rechte einräumten.

Das Dotalſyſtem der claſſiſchen Zeit iſt ein der ſittlichen Idee der Ehe entſprechend ſchön entwickeltes Syſtem der ehelichen Gütergemeinſchaft. Wenn man daſſelbe häufig als Syſtem der Gütertrennung bezeichnet, ſo iſt dieß an ſich völlig irrig, denn die Dos iſt ja das durch die Ehe gemeinſchaftlich gewordene Vermögen, und was daneben noch an Vermögen vorhanden iſt, iſt Sondergut, nicht Dos. Will man aber die angeführte Bezeichnung dadurch rechtfertigen, daß durch die Eingehung der Ehe an ſich kein Theil des Vermögens der Ehegatten gemeinſchaftlich werde, ſondern daß es eines beſonderen Rechtsgeſchäfts dazu bedürfe, ſo iſt dagegen zu bemerken, daß das Weſen des Dotalrechts gerade darin beſteht, ein derartiges Rechtsgeſchäft möglich zu machen, und das Dotalſyſtem die Vornahme eines ſolchen vorausſetzt. Doch laſſen wir den Wortſtreit und wenden uns zur Sache.

Der hauptſächliche Vorwurf, welchen man vom germaniſtiſchen Standpuncte aus dem römiſchen Eherecht macht, iſt der eben angedeutete, daß, obgleich eine gewiſſe Vermögensgemeinſchaft der Ehegatten dem ſittlichen Weſen der Ehe entſpreche, das römiſche Recht dieſes Erforderniß nicht aufſtelle. Dieſer Vorwurf würde gerechtfertigt ſein, wenn die Eingehung der Ehe nicht ein völlig freiwilliger Act der Ehegatten wäre und eine Anerkennung, ja beſondere Berückſichtigung der dabei vorkommenden Verträge nicht ſtattfände, wenn das Recht nicht ausdrücklich von der Vorausſetzung ausginge, daß der feſt begründeten Sitte [12]) gemäß bei der Eingehung

12) Wie mächtig dieſe Sitte war, geht daraus hervor, daß man die Exiſtenz einer Dos als die Bedingung der Möglichkeit der Abſchließung einer Ehe anſah, daß man es als eine Ehrenſache des Vaters, der Verwandten, ja der Freunde betrachtete, eine vermögensloſe Frau zu dotiren, daß es als eine beſonders hervorgehobene Ausnahme galt, wenn der Ehemann eine undotirte Frau nahm.

jeder Ehe durch ein Rechtsgeschäft regelmäßig gemeinschaftliches Vermögen geschaffen werde, wenn das Recht nicht selbst Sätze zur Unterstützung dieser Sitte aufgestellt hätte und ein Theil des Dotalrechts gerade in solchen Sätzen bestände [13]). Wollte man nach einem Grund suchen, warum das römische Recht eine Vermögensgemeinschaft der Ehegatten nicht durch einen Rechtssatz festgestellt habe, so wäre es sicherlich nicht das Verkennen der darauf gehenden sittlichen Anschauung, sondern die Ueberzeugung von der Selbstrealisirung derselben und folgeweise der nicht vorhandenen Nothwendigkeit einer staatlichen Realisirung.

Die Gütergemeinschaft nach Dotalrecht realisirt sich dadurch, daß die Frau mit ihrer Dos thatsächlich in die Familie des Manns eintritt und an den Nutzungen des gesammten Familienvermögens Theil nimmt. Diese Theilnahme der Ehefrau wird allerdings nicht rechtlich realisirt, eine Klage auf Alimentation kömmt nicht vor, nichtsdestoweniger aber wird sie vom Recht als begriffsmäßig anerkannt. Daß eine directe rechtliche Realisirung nicht vorkam, ist eine Consequenz des gesammten Verhaltens des Staats zum Familienvermögen, und daß trotzdem, daß die nicht in manu befindliche Ehefrau nicht mit ihrer gesammten Persönlichkeit der Familie des Ehemanns angehörte, diese Consequenz doch gezogen wer-

13) Faßt man nach der sehr wahrscheinlichen Ansicht von Danz (Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts. Th. I. S. 156) die dictio dotis nicht als Bestellung der Dos durch einen Formalact, sondern als formlose Bestimmung des Objects derselben auf, so geht aus der Klagbarkeit eines solchen an sich unklagbaren Geschäfts gegen die Frau, deren Vater und väterlichen Ascendenten die Annahme einer „in abstracto bestehenden Verbindlichkeit" dieser Personen zur Bestellung einer Dos hervor. Diese Verbindlichkeit kann als abstracte nicht klagbar sein, sie wird es aber, sowie sie eben durch die dictio concret geworden ist.

den konnte, erklärt ſich aus der der Frau gegebenen Möglichkeit, das von dem Ehemann nicht in entſprechender Weiſe realiſirte eheliche Verhältniß beliebig zu trennen und dadurch die Dos zurückzuerhalten. — Aus mehreren Stellen könnte man geneigt ſein, die Anſicht abzuleiten, als hätte der Ehemann die Frau nur aus der Dos unterhalten ſollen. Dieſe Folgerung iſt aber nicht begründet. In der einen Stelle [14]) wird der Ehemann deßwegen zu einer der Größe der Dos entſprechenden Alimentation angehalten, weil die Frau wegen Wahnſinns ſich nicht ſelbſt ſcheiden und ihre Dos zurückfordern kann, und die Feſtſetzung einer Alimentation wird nur als das minus der Sequeſtration der Dos dargeſtellt. An einem anderen Ort [15]) iſt von einem Vertrag die Rede, durch welchen bei einer getrennten Haushaltung die Früchte der Dos in concreto den Koſten der ſelbſtſtändigen Unterhaltung der Frau gleichgeſtellt werden. In einer dritten Stelle [16]) wird die (zufällig durch Compenſation) geltend gemachte Forderung der Früchte (reſp. des Surrogats derſelben, der verſprochenen Zinſen) des Theils der Dos, welchen der Vater dem Ehemann noch nicht übertragen hatte, dem letzteren deßwegen abgeſprochen, weil nicht er, ſondern der Vater die Ehefrau alimentirt hatte, ohne daß damit dieſe Früchte als Aequivalent für die Alimentation betrachtet würden. Ich möchte hier nicht mit Haſſe [17]) eine negotiorum gestio des Vaters für

14) L. 22. §. 8. soluto matrimonio.

15) L. 21. §. 1. de donatt. int. vir. et uxor.

16) L. 42. §. 2. soluto matrimonio.

17) a. a. O. S. 406. Stützt ſich der Vater auf negotiorum gestio, ſo kann er nur den Werth der gereichten Alimente zurückbehalten, es würde alſo noch ein Beweisverfahren nothwendig. Zur Begründung einer negotiorum gestorum actio (replicatio) wäre aber auch erforderlich, daß der Ehemann für die Alimentation der Frau nicht geſorgt habe, alſo ſie z. B. nicht in ſein Haus aufgenommen

den Ehemann annehmen, ſondern davon ausgehen, daß zur Zeit der Geltendmachung dieſer Forderung, nach Auflöſung der Ehe, es ſich herausgeſtellt hatte, daß eine Gemeinſchaft nicht ſtattgefunden hatte, die nachträgliche Forderung des Beitrags zu dieſer Gemeinſchaft mithin auch, wenngleich eine formelle, doch keine materielle causa hat. Der Schwiegervater weiſt deßwegen die Compenſation mit einer replicatio doli zurück [18]). Eine Analogie hierfür gibt die condictio der dem Bräutigam gegebenen Dos, wenn die Ehe nicht zu Stande kam [19]).

---

oder ihr bei ſeiner Abweſenheit nichts zurückgelaſſen habe. Nur in einem ſolchen Fall kann der Schwiegervater, von welchem ohnehin vorausgeſetzt werden kann, daß er die Tochter pietatis causa alimentire, als negotiorum gestor des Schwiegerſohns erſcheinen.

18) Hätte der Ehemann vor Auflöſung der Ehe die verſprochenen Zinſen gefordert, ſo hätte ihm der Schwiegervater aus der von ihm geleiſteten Alimentation der Ehefrau (außer in dem Fall einer ſpeciell zu begründenden negotiorum gestio, ſ. Note 17) eine Einrede nicht entgegenſtellen können, denn da die Ehe fortbeſtand, ſo konnte die in ihrem Begriff liegende Gemeinſchaft ja noch immer ſtattfinden, die Forderung hatte alſo auch eine materielle causa.

19) Leiſt, Civiliſtiſche Studien Hft. II. S. 24 Nr. 9., faßt die Alimentation der Frau als eine auf der Dos ruhende Laſt auf. Bei Aufzählung der „einzelnen Geſtaltungen, welche die römiſchen Quellen als necessariae impensae mittheilen," ſagt er unter Berufung auf unſere Stelle: „Die Ernährung der Frau, wenn eine Dos verſprochen iſt, erſcheint als eine auf dieſer Dos ruhende Laſt, weshalb z. B. der Mann, wenn er ſie aus eigenen Mitteln präſtirt hat, zugeſagte Zinſen der nicht geleiſteten Dos berechnen kann." — Wenn dieſes Princip ein richtiges wäre, ſo müßte auch der Ehemann, wenn die Früchte der Dos zur Alimentation der Frau nicht hinreichten, die über die Früchte gereichten Alimente aus der Subſtanz der Dos entnehmen können, welche ſich dadurch ipso jure minderte. Das im Anhang dieſer Schrift (S. 203) über die Rückleiſtung der Dos während der Ehe aufgeſtellte Princip führt zu derſelben Conſequenz. Die Frau wird hier nur als Mittelsperſon betrachtet, durch welche der Mann die Dos zu einem „neceſſären Zweck verwendet." Ferner müßten auch nicht ſtipulirte Zinſen der verſprochenen Dos wenigſtens compenſando gefordert werden können, und zwar bis zum

Der Ehemann, als Haupt der Familie und der Ehe, hat die Adminiſtration des in ſeiner Hand vereinigten Vermögens, alſo auch der Dos, und bis zu den Juliſchen Geſetzen auch völlig freie Dispoſition über dieſelbe. Die Befugniſſe der Ehefrau in Betreff der Dos ruhen völlig. Es iſt daher angemeſſen, daß das Recht das Verhältniß ſo auffaßt, daß es das Recht an der Dos als ſelbſtſtändiges Recht des Manns erklärt, namentlich ihn als Eigenthümer der Dotalſachen betrachtet[20]), die Frau aber ihre Rechte, ſoweit dieſe übertragen werden konnten, ganz verliert und dafür nur ein eventuelles Forderungsrecht gegen den Ehemann für gewiſſe Fälle erhält. Die Frau hat jedoch ſchon während der Ehe ein Intereſſe an dem Vorhandenſein und dem Fortbeſtehen der Dos. In welcher Weiſe dieß Intereſſe vom Recht realiſirt wird und wie daſſelbe dabei immer von der Idee der Gemeinſchaft der Ehegatten ausgeht, kann erſt weiter unten (S. 236 ff.) gezeigt werden. Ebenſo ſind auch die aus derſelben Auffaſſung hervorgegangenen Beſtimmungen über die Zuwendungen eines Ehegatten an den anderen unten zu behandeln.

Die eheliche Gemeinſchaft hat nicht nur ihre Wirkungen während beſtehender Ehe, denn ſonſt müßte ſie nach Trennung der Ehe ipso jure aufhören und die Dos in das Vermögen der Frau zurückfallen, oder wenigſtens eine Obligation auf Zurückgabe dergeſtalt in dem Vermögen der Frau vorhan-

---

Betrag der gereichten Alimente; dieſe letztere Beſchränkung würde aber auch die Geltendmachung der verſprochenen Zinſen limitiren. — Die Nichtanerkennung dieſer Conſequenzen durch das Recht zeigt, daß das aufgeſtellte Princip ein irriges iſt, und es geht daraus gerade ſchlagend hervor, daß die Ehefrau begriffsmäßig an dem Genuß des ganzen Vermögens participirt.

20) Die eingeführte Veräußerungsbeſchränkung nöthigte nicht zu einer Veränderung der rechtlichen Auffaſſung, da dieſelbe die Annahme eines Eigenthums keineswegs ausſchließt.

den ſein, daß dieſelbe ohne Weiteres auf ihre Erben überginge. Dieſe letztere Eigenſchaft hat aber die Obligation der Ehefrau nach Pandectenrecht nie, und ſie ſelbſt hat die Rückforderung in vollem Umfang nur in gewiſſen Fällen.

Stirbt der Ehemann, ohne daß Kinder vorhanden ſind, oder geht das Vermögen auf dieſelben ganz oder theilweiſe nicht über, ſo iſt der Rückfall der Dos an die Ehefrau völlig gerechtfertigt und ſie fordert von den fremden Erben dieſelbe, ſoweit ſie bei dieſen iſt. Sind aber Kinder aus der Ehe vorhanden und werden dieſe, wie es Regel iſt, Erben des ganzen Vermögens oder eines Theils deſſelben, ſo iſt die Wittwe gar nicht verhindert, auch von dieſen ihren Kindern die ganze Dos oder den auf ſie gekommenen Theil zurückzufordern. Findet ſie ſich aber bewogen, ihren Kindern die Dos zu laſſen, indem ſie entweder mit ihnen thatſächlich ungetheilt zuſammenbleibt oder ſich mit ihrem anderweiten Vermögen begnügt, ſo braucht ſie, um den Kindern das Vermögen auch nach ihrem Tode feſt zu laſſen, eine beſondere Dispoſition nicht vorzunehmen [21]), ihre Erben können die Dos nicht zurückfordern.

In allen anderen Fällen der Auflöſung der Ehe, wenn dieſe alſo bei Lebzeiten des Manns erfolgt, iſt zweierlei zu berückſichtigen: einmal das formelle Moment, daß das Familienvermögen fortbeſteht in der Hand des Manns und daß dieſer das Haupt der Familie iſt, dann das materielle, daß,

21) Dieß hatte natürlich nur für die Zeit vor dem S. C. Orphitianum Bedeutung. Die ſpätere Einführung des Erbrechts der Kinder und die frühere Feſtſetzung des Erbrechts der Mutter ſcheint mir aber nur dadurch erklärbar, daß auch ohne ſpecielle Dispoſition der Mutter vermittelſt der Dotalbeſtellung der Uebergang des mütterlichen Vermögens auf die Kinder regelmäßig vermittelt wurde. Ich werde ſpäter auf dieſen Punct zurückzukommen Gelegenheit haben.

wenn Kinder aus der Ehe verhanden ſind, der Grund der ehelichen Gemeinſchaft wenigſtens theilweiſe fortdauert.

Verſtößt der Mann die Frau oder, was materiell dieſem völlig gleich ſteht, gibt ſeine Handlungsweiſe der Frau gerechtfertigte Urſache, ſich zu ſcheiden, ſo kann er vernünftiger Weiſe nicht die Fortſetzung der Gütergemeinſchaft prätendiren, die Ehefrau hat deßwegen eine Forderung auf die ganze Dos. — Scheidet ſich jedoch die Frau oder gibt ſie dem Mann Veranlaſſung zur Verſtoßung, ſo kann dieſer zwar nicht die unbedingte Fortdauer der Gütergemeinſchaft verlangen, da die Vorausſetzung derſelben wenigſtens theilweiſe aufgehört hat. Beſteht die Vorausſetzung aber dadurch, daß Kinder aus der Ehe vorhanden ſind, zu deren Beſtem die Dos ebenfalls conſtituirt war, noch theilweiſe fort, ſo kann der Ehemann die Herausgabe eines Theils der Dos weigern. Die Beſtimmung des Theils ſelbſt war anfänglich wol dem richterlichen Ermeſſen überlaſſen und fixirte ſich erſt allmälig. Der retinirte Theil bleibt aber nicht nur ſo lange bei dem Ehemann, als die Früchte deſſelben zur Unterhaltung der Kinder verwendet werden, ſondern geht völlig frei in das Vermögen des Manns und mit dieſem auf die Kinder über, er hat deßwegen thatſächlich die Natur eines Pflichttheils der Kinder an dem Dotalvermögen der Mutter, für den Fall, daß die Mutter dieß Vermögen ihnen durch eine unſittliche (unmütterliche) Handlungsweiſe entzieht [22]). —

22) Die retentio ob mores bei kinderloſer Ehe gehört nicht hierher. Sie iſt eine eigentliche poena und als Grund derſelben kann man wol die poſitiven Nachtheile anſehen, die dem Mann durch Herausgabe der Dos, welche er als dauernden integrirenden Theil des unter ihm ſtehenden Vermögens anzuſehen und danach ſeine Verwaltung des Geſammtvermögens einzurichten befugt war, entſtehen. Die Strafe des Manns, wenn er der ſchuldige Theil iſt, durch Verpflichtung zur früheren Herausgabe der Dos erſcheint nach dieſer Auffaſſung nicht nur ihrer Größe, ſondern auch ihrer Art nach als völlig

Erfolgt die Scheidung durch beiderseitigen Willen, so war eine rechtliche Festsetzung der Güterverhältnisse ganz unnöthig, da der Scheidungsvertrag Gelegenheit zu der entsprechend erscheinenden Ordnung derselben gab, und namentlich der Ehemann seine Zustimmung verweigern konnte, wenn die Frau nichts für die Kinder zurücklassen wollte. In der unbedingten Zustimmung des Manns liegt der Verzicht der Familie auf das Dotalvermögen. — In allen Fällen der Scheidung steht es der Frau aber auch frei, ihre Dos oder einen beliebigen Theil derselben nicht zu beanspruchen, und die Klage geht ebenfalls nicht auf ihre Erben über.

Stirbt die Frau innerhalb der Ehe, so bleibt ihre Dos mit dem Familienvermögen verbunden. Sie kann auch während der Ehe in keiner Weise für diesen Fall wirksam disponiren. Anders, wenn die Dos von dem Vater oder väterlichen Ascendenten der Frau herstammte und dieser bei dem Tode der Frau noch lebte. Die Dotirung war der thatsächlichen Intention des Vaters nach eine Anticipation der Erbschaft oder eine Abschlagszahlung auf das Erbtheil. Starb die Tochter vor dem Vater, hatte sich also herausgestellt, daß sie

---

entsprechend. — Wäre die retentio liberorum causa als eigentliche poena aufgefaßt worden, so mußte auch auf sie der Satz der l. 19. V. O. angewandt werden und der Ehemann contentus poena legis sein. Ein Dotalvertrag aber, daß bei der Auflösung der beerbten Ehe die ganze Dos beim Mann bleiben solle, ist auch für den Fall der Scheidung wirksam. Hasse (a. a. O. S. 186 N. 265), welcher die Anwendung der l. 19 cit. vertheidigt, scheint einen solchen Dotalvertrag deßwegen für wirksam zu erklären, weil er nicht speciell auf die Scheidung Rücksicht nehme. Allein so gut ein solcher allgemein gefaßter Vertrag für den Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod des Manns für unwirksam erklärt wird, weil er contra dotem sei (l. 2. de pactis dotal.), müßte er auch, wenn die retentio liberorum causa als wirkliche poena gälte, bei Auflösung der Ehe durch Scheidung als contra bonos mores unwirksam sein.

nicht Erbe deſſelben werden konnte, ſo war daher auch die Abſicht des Vaters nicht erreicht. Dieſe Auffaſſung hatte zwar an ſich eine rechtliche Bedeutung nicht [23]), ſie veranlaßte aber den Vater meiſtens, ſich die Rückgabe der Dos zu ſtipuliren für den Fall des Todes der Tochter, und es bildete ſich hieraus der Rechtsſatz, daß der Vater auch ohne Stipulation die von ihm beſtellte Dos zurückfordern könne und ebenſo der männliche väterliche Aſcendent, welchen die Enkelin auch mittelbar [24]) oder unmittelbar beerben konnte [25]). Dieß gilt ohne

23) Anticipation der Erbſchaft iſt an ſich kein römiſches Rechtsinſtitut, wie es überhaupt ein Rechtsinſtitut nicht ſein kann.

24) Mittelbare Beerbung, d. h. Beerbung des Erben, iſt natürlich kein juriſtiſcher Begriff. Um einen ſolchen handelt es ſich aber auch hier gar nicht, wo nur von den Gründen der Entſtehung eines Rechtsſatzes die Rede iſt.

25) Daß der Gedanke der anticipirten Erbſchaft den Grundſätzen über die Rückforderung der dos profectitia zu Grunde liegt, ergibt ſich meiner Anſicht nach mit Beſtimmtheit aus der Beſchränkung der Rückforderung auf den Vater und den väterlichen Großvater, welche allein diejenigen Perſonen ſind, denen die Dotirte als Erbin oder durch bonorum possessio mit Sicherheit ſuccedirt, ohne daß ihr andere Perſonen kraft Rechtsſatzes vorgehen können. Da auf das Gewaltsverhältniß nicht Rückſicht genommen wird, ſo kann bei der ſonſtigen Gleichheit der Stellung des Vaters und der Mutter zu dem Kind nur in dem Umſtand, daß die Dotirte in Betreff des Vermögens der Mutter, der Großmutter und des mütterlichen Großvaters nicht die nächſten Anſprüche auf die bonorum possessio hat, ſondern Andere ihr regelmäßig vorgehen, der Grund liegen, daß die Mutter ꝛc. die von ihr beſtellte Dos nicht zurückfordern konnte. Die Annahme einer Anticipation der Erbfolge durch Dotirung hatte für das alte Recht bei ihr keinen Sinn. Seit dem S. C. Orphitianum wäre die Einführung des Rückfalls der mütterlichen Dos allerdings möglich geweſen. Allein da die Mutter ja auch ſchon früher eine Dos beſtellen konnte und ſicherlich eben ſo häufig beſtellt hatte, als dieß nach dem S. C. geſchah, ſo mochte man ſich nicht veranlaßt ſehen, jetzt der Dotalbeſtellung eine andere Abſicht unterzulegen als früher. — Einen weiteren Grund ſehe ich darin, daß bei der Begriffsbeſtimmung der dos

Beſchränkung, wenn Kinder aus der Ehe nicht vorhanden waren, mit dem Tode der Frau die Function der Dos alſo aufgehört hatte. Waren jedoch Kinder vorhanden, ſo dauerte dieſe Function zum Theil noch fort und der Ehemann konnte wenigſtens einen Theil der Dos retiniren. Hier tritt, wie bei der Retention, der geſchiedenen Frau gegenüber die Idee des Pflichttheils hervor. War der Vater vor der Tochter geſtorben, ſo iſt die Dotirung nicht mehr revocirbar. —

Wenn nun alſo die Auflöſung der Ehe eine Auflöſung der Gütergemeinſchaft nur in einigen Fällen nach ſich zog, wenn namentlich den Kindern ein Theil der Dos meiſtens gewahrt blieb und auch in den Fällen, in welchen dieß nicht der Fall war, aus älterlicher Liebe hervorgegangenen factiſchen

profectitia immer der Umſtand hervorgehoben wird, daß dieſelbe ex re patris, de bonis, de suo gefloſſen ſein müſſe. Wollte man das dem Vater zu gewährende solatium als ernſtlichen Grund der Rückforderung annehmen, ſo wäre, abgeſehen davon, daß derſelbe auch auf die Mutter u. ſ. w. paßte, nicht zu begreifen, warum die in der Abſicht, eine Dos zu beſtellen, zu Gunſten des Ehemanns ausgeſchlagene Erbſchaft, welche doch ſonſt als Dos gilt und an die Ehefrau zurückfällt, nicht auch dem Vater zurückgegeben wird. — Wollte man gegen die vertheidigte Auffaſſung einwenden, daß, wenn die Tochter exheredirt ſei, eine Anticipation der Erbſchaft ebenfalls nicht wirkſam ſein könne, die als ſolche aufgefaßte Dos alſo für dieſen Fall an die Erben des Vaters zurückfallen müßte, was doch entſchieden gegen die Quellen ſei, ſo beruhte dieſer Einwurf auf einem Verkennen der Natur der vorgenommenen Dotalbeſtellung. Dieſe iſt ein Geſchäft unter Lebenden, welches der Intention der Parteien gemäß der Tochter alle üblichen Rechte an der Dos gewährt und nur dem Ehemann die Rechte nach Auflöſung der Ehe durch den Tod der Frau für den Fall nicht einräumt, daß der Dotalbeſteller dann noch lebt. Dieſe wohlerworbenen Rechte können durch eine letztwillige Dispoſition nicht aufgehoben werden und durch den Tod des Dotirenden iſt die Beſchränkung des Rechts des Ehemanns weggefallen. Zudem wird die Tochter oft gerade mit Beziehung auf die erhaltene Dos exheredirt und präterirt, dieſe alſo dadurch gleichſam beſtätigt (vergl. l. 6 de collatione, deren Motiv auch für die exheredirte Tochter paßt).

Dispositionen, welche oft nur in Nichthandeln bestanden, rechtliche Wirksamkeit gegeben wurde, wenn also schon durch Rechtssätze das eheliche Güterrecht in sittlicher Weise ausgebildet erscheint, so zeigen sich die dem römischen Recht gemachten Vorwürfe noch besonders unbegründet, wenn man das bei der Allgemeinheit der Sitte, Eheverträge zu schließen, so überaus wichtige Verhalten des Rechts zu diesen in's Auge faßt.

Die pacta dotalia sind nicht, wie andere Verträge, eines jeden beliebigen Inhalts fähig, sondern sie sind durch den rechtlichen, namentlich aber durch den rechtlich anerkannten sittlichen Charakter der Ehe und des ehelichen Güterrechts beschränkt. Nicht nur wird daher die Intention der Parteien im Zweifel diesem Charakter gemäß interpretirt, sondern bei völliger Sicherheit über den Inhalt wird der Vertrag, soweit er diesem Charakter zuwiderläuft, nicht wirksam. — Einer weiteren Ausführung dieser überall anerkannten Grundsätze bedarf es nicht, ein anderer schon oben (S. 230) angedeuteter Punct erfordert jedoch ein näheres Eingehen.

Wir haben eine Anzahl von Stellen, welche in mehr oder weniger bestimmter Weise von einem Recht der Frau an der Dos während der Ehe sprechen[26]) und dieses Recht als Grund von Rechtssätzen, welche sich auf die Dos beziehen, bezeichnen. Welches ist nun aber der Inhalt dieses Rechts? Man darf hierbei nicht von den für dieses Recht gebrauchten Bezeichnungen ausgehen, da man durch dieselben mit Nothwendigkeit auf die Annahme eines Eigenthums der Frau an der Dos geführt wird, welches, abgesehen von der absoluten Unmöglichkeit, alle Dotalgegenstände und die promittirte Dos zu umfassen, auch in Betreff der Dotalsachen dem Ei-

26) Dos est mulieris, acquiritur mulieri, est in bonis mulieris etc.

genthum des Manns an denſelben gegenüber nur dadurch mit einigem formalen Schein gerechtfertigt werden kann, daß man es in monſtröſer Weiſe als ruhendes, naturales, durch das procuratoriſche Eigenthum des Manns beſchränktes darſtellt und ſo aus dieſer Operation den einzigen Gewinn davon trägt, die Jurisprudenz mit einem völlig unbrauchbaren Kunſtausdruck bereichert zu haben. Zu einem Reſultat kann man nur durch Betrachtung der einzelnen Rechtsſätze gelangen, welche aus dieſem Recht der Frau während der Ehe abgeleitet werden. Nur iſt hierbei der Anſicht entgegenzutreten, welche in alle betreffenden Stellen eine willkürlich gebildete Bedeutung des Wortes Dos hineinträgt. Von dem Satze, welcher für unſere Betrachtung als petitio principii erſcheint, ausgehend, daß das einzige rechtliche Intereſſe der Frau an der Dos ihr eventuelles Rückforderungsrecht ſei, läßt nämlich Fein[27]) auch dieſes als alleinigen Grund der betreffenden Rechtsſätze erſcheinen.

Der erſte Rechtsſatz, welcher hier betrachtet werden ſoll, iſt der über die collatio dotis. Die emancipirte Tochter, welche neben den suis zur Erbſchaft ihres Vaters gelangen will, muß ihre bona conferiren und unter dieſen ihre Dos; ebenſo hat die sua den anderen suis ihre Dos zu conferiren. Worin beſteht nun die Dos als Gegenſtand der Collation? Iſt die Ehe aufgelöſt, ſo kann es keinem Zweifel unterliegen, daß dasjenige, was die Tochter durch die actio rei uxoriae

27) Das Recht der Collation S. 150. — v. Meyerfeld (die Lehre von den Schenkungen Bd. II. S. 39) faßt den Begriff weiter und verſteht unter der Dos, von welcher geſagt wird, daß ſie die Frau erwerbe, „die Ausſicht auf Zurückempfang der Dos in gewiſſen Fällen und die ihr ſonſt daran geſetzlich eingeräumten Rechte, oder auch nur dadurch factiſch zu gut kommenden Vortheile.“ — Gegen die Aufnahme dieſes „factiſchen Intereſſes“ in dem Begriff ſpricht ſich Fein (S. 153) ausdrücklich aus.

zurückerhalten kann, Gegenſtand der Collation iſt, alſo die als Dos beſtellten Gegenſtände nebſt dem incrementum, reſp. der Werth derſelben, nach Abzug der impensae necessariae und der retentionspflichtigen Theile, oder wenn der Mann inſolvent geweſen iſt, ſo viel als dieſer hatte leiſten können oder leiſten kann. Einer Ceſſion der Klage ſelbſt ſteht nichts im Wege, da dieſe ja genau dem Collationsobjecte entſpricht. — Beſteht aber zur Zeit des Todes des Vaters die Ehe noch, ſo ſoll ebenfalls die „Dos" conferirt werden, da aber die Dotalgegenſtände in der Hand des Manns ſind, dieſer ein Recht daran hat und daſſelbe nicht zum Zweck der Collation aufzugeben braucht[28]), ſo kann die Collationspflichtige natürlich nur ihr Intereſſe an der Dos conferiren. Aus den Beſtimmungen über das Collationsobject iſt mithin zu erkennen, was die Römer als Intereſſe der Frau an der Dos während der Ehe angeſehen haben[29]).

Ich halte nur die Anſicht für in den Quellen deutlich begründet, daß dasjenige conferirt werden mußte, was als Dos zur Zeit der Collationspflicht in den Händen des Manns war, reſp. da dieſer daſſelbe nicht herauszugeben brauchte, der Werth deſſelben. Dieſen konnte die Frau ſich von ihrem Erbtheil abziehen laſſen[30]) oder über die ſpätere Leiſtung deſſelben oder der Dotalgegenſtände ſelbſt caviren. Wie dieſe Caution beſchaffen iſt, hängt von der Uebereinkunft der Parteien ab oder wird durch das arbitrium des arbiter familiae herciscundae feſtgeſtellt, reſp. dieſer interpretirt dieſelbe zweckgemäß[31]). Den Parteien kann es paſſend erſcheinen, den

28) L. 5 C. de collatione.

29) Fein a. a. O. §. 32 ff. geht den umgekehrten Weg. Er geht vom Intereſſe der Frau aus und conſtruirt daraus die Sätze über die Collation.

30) L. 1 §. 12 de collatione, l. 5 C. eod.

31) L. 20 pr. familiae hercisc.

Fall zu erwarten, in welchem die Frau die Dos präſumtiv zurückerhält, oder in welchem ſie anderes Vermögen vorausſichtlich erwirbt u. ſ. w. Die Frau kann aber auch gleich bei dem Nachſuchen der bonorum possessio oder der Einmiſchung in die Erbſchaft pure über die Dos cavirt haben und wird dann aus der Stipulation auf das Intereſſe verurtheilt[32]). Einen ſolchen Fall hat die l. 5 C. h. t. vor Augen. — Ob die Frau die Dos und die ganze Dos ſpäter wirklich erhält, oder ob durch ihren Tod während der Ehe der Mann die ganze Dos lucrirt, oder ob ſie wegen Inſolvenz des Mannes oder wegen Retentionen nur einen Theil erhält, iſt für die Collation gleichgültig. Daß auch, wenn die Frau während der Ehe ſtirbt, der Mann alſo die Dos erhält, die Klage aus der Caution doch auf die Dos geht, ſagt l. 20 pr. familiae herciſc. ausdrücklich. Die Inſolvenz des Manns wird nur berückſichtigt, wenn ſchon vor der Collationspflicht die Ehe getrennt war. Dieß geht aus den Worten der l. 1 §. 6 de dotis collatione: quod si jam divortium factum est, hervor und dem unmittelbaren Anſchluß derſelben an §. 5 eod., welcher den alleinigen Fall der Minderung des Collationsobjects (durch impensae necessariae) enthält. — Ueber die Retentionen wird meines Wiſſens in den Quellen nichts erwähnt; bei dem häufigen Vorkommen der Retentionen kann man aber aus der Nichterwähnung eines Einfluſſes derſelben auf die Collation wol eher darauf ſchließen, daß ein ſolcher nicht ſtattgefunden habe, als auf das Gegentheil. — Ausdrücklich ſpricht aber auch für die aufgeſtellte Anſicht, daß nach zwei Stellen[33]) die vom Vater verſprochene Dos als ſolche zu conferiren iſt, d. h. die Ehefrau ihre collationsberechtigten Miterben von der betreffenden Obligation liberiren muß.

32) S. Fein a. a. O. S. 101.
33) L. 1 §. 8 h. t. — L. 2 C. h. t.

Fein[34]) ſtellt dagegen die Anſicht auf, daß „die Dos in natura zu conferiren ſei, d. h. daß die Ceſſion der Rückforderungsklage das eigentliche Object der Collation bilde[35]).“

Dagegen ſpricht, daß dieſe Art der Collation nirgends erwähnt wird. Fein erklärt dieß mit Berufung auf l. 1 de J. D. S. 165 daraus, daß während beſtehender Ehe (in welchem Falle die Vornahme derſelben vorzüglich zweckmäßig war) eine derartige „an ſich zuläſſige“ Ceſſion contra bonos mores geweſen ſei. Aus dem angeführten Grund hätten aber auch Stipulationen zwiſchen den Ehegatten für den Fall der Trennung der Ehe nicht ſtattfinden können. Daß in l. 25 §. 1. 2 quae in fraudem creditorum der Ehefrau eine Caution aufgelegt wird, ſpricht nicht für die Unmöglichkeit der Ceſſion[36]). In l. 14 eod. wird ſtatt der cautio die cessio erwähnt. Lieſt man hier sciente für scienti, ſo ſtimmen die beiden Stellen überein. — Auf ein weiteres Argument gegen Fein's Anſicht, die Nichtcollation der dos profectitia durch den Vater, werde ich unten zurückkommen und wende mich zu den von Fein (a. a. O. §. 37) ex officio vorgebrachten Beweiſen. Das Argument aus dem feſten Sprachgebrauch kann hier begreiflicher Weiſe nicht berückſichtigt werden, da ja dieſer erſt durch die Rechtsſätze feſtzuſtellen iſt[37]). — Die Erwähnung einer Caution in l. 20 pr. familiae hercisc. beweiſt gegen die oben aufgeſtellte Anſicht nicht, da ja die Möglichkeit des Cavirens nicht geläugnet wird. Wenn aber, um die Beweiskraft der Worte, etiamsi

34) a. a. O. §. 37.

35) Da Fein, wie Note 29 bemerkt wurde, davon ausgeht, daß dos das rechtliche Intereſſe der Frau an der dos bedeute und dieſes in der rei uxoriae actio beſtehe, ſo verſchwindet das ſcheinbare Paradoxon der Qualificirung der Ceſſion dieſer Klage als Naturalcollation.

36) Fein S. 166 N. 78.

37) S. o. S. 238.

constante matrimonio ipsa diem suum obierit, conferatur dos, zu zerſtören, S. 173 behauptet wird, „Papinian habe offenbar einen Fall vor Augen, wo der Mann die Dos beim Tode der Frau nicht lucrirte, was bekanntlich häufig(?) der Fall war, wenn die Frau ſich, wie das ſo häufig erwähnt wird(?), die Rückgabe der Dos in omnem casum ſtipulirt hatte" — ſo erſcheint dieß als willkürliche Vorausſetzung. — Die Verbindung der l. 5 §. 1 h. t. mit der vorigen Stelle iſt ebenfalls nicht gerechtfertigt. Einfach betrachtet ſpricht dieſelbe von der Collation der der Frau zur Collationszeit ſchon zurückgefallenen, in Geld beſtehenden Dos. Daß die Frau dabei in mora ſein kann, iſt unzweifelhaft, und die Vergleichung mit dem emancipatus iſt für unſere Frage ohne Intereſſe. — Die Berufung auf den völlig richtigen Satz, daß der emancipirte Collationspflichtige „bei einem bedingten Rückforderungsrecht nie durch Anrechnung des vollen Werthes, den Ausfall der Bedingung auf eigene Koſten zu tragen gehabt habe," iſt unpaſſend, da der Schluß, daß alſo auch die emancipirte Tochter den in einer Dos beſtehenden Theil ihrer bona (und die derſelben gleichgeſtellte sua ihre dos) nicht nach ihrem Werthe zur Zeit der Collation zu conferiren gehabt hätte, eine petitio principii enthält. — Ueber die l. 1 §. 6 h. t., auf welche ſich Fein ebenfalls beruft, ſ. o. S. 239. — Die l. 5 C. h. t. ſucht Fein dadurch für ſich zu benutzen, daß er die Worte: quum eo minus in partem delatae successionis auferre potueris nicht von einer Collation des Werths durch Einrechnen auf das Erbtheil, ſondern in gezwungener Weiſe von der Zulaſſung einer Zurückbehaltung des Erbtheils durch die Collationsberechtigten wegen per inopiam nicht vorzunehmender Collation durch satisdatio verſteht. Das Wort „potueris" deutet auch nicht „offenbar darauf hin, daß die Tochter zu dem eo minus auferre nicht geradezu verpflichtet war,

ſondern daß ſie die Collation auch noch auf andere Weiſe hätte beſchaffen können," aus der Stelle geht vielmehr nur hervor, daß cavirt worden war (und dieß konnte ja mit Willen der Collationsberechtigten geſchehen) und der Kaiſer erklärt nur, die Frau hätte nicht zu caviren brauchen, ſondern ſich die Dos einrechnen laſſen können (wie ſie urſprünglich verpflichtet war). — Was endlich die Pflicht, die verſprochene Dos augenblicklich zu conferiren, betrifft (ſ. o. N. 33), ſo muß Fein dieſelbe anerkennen und es bleibt ihm nur übrig, ſie für eine Ausnahme zu erklären, ohne freilich einen Grund für dieſe ausnahmsweiſe Behandlung anführen zu können. Wenn er dieſe Erklärung aber dadurch zu rechtfertigen ſucht, daß die Faſſung der l. 2 C. h. t. dieſe Art der Collation wirklich als Ausnahme erſcheinen laſſe, ſo dürfte dieß ſehr zu bezweifeln ſein. Der Kaiſer ſagt, obgleich, wenn die Dos nur verſprochen iſt, die Erbtheile der sui gleich ſind, ſo muß doch (nihilo minus) conferirt werden, und zwar (wie durch die Natur der Sache geboten iſt) durch Liberation der Brüder durch die Schweſter.

Noch dürfte hier die Collation der dos receptitia zu berühren ſein. Fein ſcheint anzunehmen, daß dieſelbe nicht conferirt wird [38]), dafür findet ſich aber in den Quellen kein Beleg. Die l. 1 §. 1 de dotis collat. handelt nur von einer Stipulation, durch welche die Dos nicht an die Frau, ſondern an einen Anderen fällt. Darunter kann aber die Stipulation bei der techniſch ſo genannten dos receptitia nicht fallen, deren Eigenthümlichkeit ja darin beſteht, daß der Beſteller ſich den Rückfall für den Fall des Todes der Frau ſti-

38) a. a. O. S. 153 ſagt er: „Wegen dieſes factiſchen Intereſſes (während der Dauer der Ehe) allein, wie es z. B. bei der dos receptitia vorkommt, wird nirgends behauptet, daß die dos in bonis mulieris ſei."

pulirt [39]), alſo für den Fall, in welchem die Frau die Dos nicht erwirbt. Der §. 1 cit. geht vielmehr, wie aus dem Gegenſatz deutlich hervorgeht, auf den Fall, daß ein Anderer als die Frau den Rückfall der Dos für die bei Lebzeiten der Frau erfolgende Auflöſung der Ehe ſtipulirt (gleichviel, von wem die Dos kam und ob außerdem auch für den Fall des Todes des Manns ſtipulirt war). In dieſem Fall ſoll die Frau nicht conferiren, und zwar deßwegen, weil ſie zwar während der Dauer der Ehe Vortheile aus der Dos hat, dieſe aber weder in natura conferirt, noch äſtimirt werden können. Weder der durch die Dotalbeſtellung allein bewirkte Umſtand, daß die Frau verheirathet iſt, noch die größere Achtung, welche ſie als Dotirte genießt, noch die größere Sicherheit gegen willkürliche Scheidung der Ehe, welche ſie der Dos verdankt, noch endlich die Alimentirung aus der Dos, deren Größe ja lediglich von dem Arbitrium des Ehemanns, welcher auch die undotirte Ehefrau alimentiren muß, abhängt — laſſen eine Aeſtimation zu. — Aus dieſem letzteren Grunde könnte man geneigt ſein, zu ſchließen, daß dieſe „thatſächlichen Vortheile“ bei der Collation überhaupt außer Betracht bleiben müßten und daher die rei uxoriae actio allein Gegenſtand der Collation ſei. Allein es iſt irrig, daraus, daß ein beſtimmtes Intereſſe allein in einem Falle nicht rechtlich geltend gemacht werden kann, ſchließen zu wollen, daß die Geltendmachung deſſelben im Zuſammenhang mit anderen Intereſſen ebenfalls nicht möglich ſei. Im Zuſammenhang mit dem eventuellen Recht auf Rückfall der Dos können nun aber die während der Ehe vorhandenen Vortheile des Dotirtſeins allerdings äſtimirt werden. Geht man nämlich von der in Rom allgemein

39) Ulp. VI §. 5 vergl. mit §. 6 i. f.; l. 31 §. 1 de mortis causa donatt.

herrſchenden Anſicht aus, daß es für die Frau vortheilhaft ſei, eine Dos zu beſtellen, d. h. das Recht an den Dotalgegenſtänden, reſp. die Ausübung deſſelben aufzugeben und dafür die Vortheile des Dotirtſeins während der Ehe (einſchließlich des thatſächlichen Mitgenuſſes des Familienvermögens) und die eventuelle Dotalklage einzutauſchen, ſo ergibt ſich, daß die eventuelle Dotalklage zuſammen mit den Vortheilen, welche das Dotirtſein während der Ehe gewährt, dem Werth der Dotalgegenſtände ſelbſt gleichgeachtet wurde.

Nicht nur den collationsberechtigten Miterben gegenüber aber wird das Intereſſe der Frau an der Dos anerkannt, ſondern auch in anderen Beziehungen dient es zur Begründung einer Reihe von Rechtsſätzen.

Die Ehefrau, welche ihrem Mann eine Sache ohne vorgängiges Verſprechen und ohne Aeſtimation als Dos beſtellt hatte, hat, wenn die Sache dem Ehemann evincirt wird, eine Klage auf Evictionsleiſtung gegen ihren Autor. Da ſie in einem ſolchen Fall dem Ehemann nicht ſelbſt Eviction zu leiſten hat, ſo kann der Grund ihrer Klage nur ihr eigenes Intereſſe an der Dos ſein. Beſtände nun aber dieſes Intereſſe lediglich in ihrer eventuellen Klage, ſo könnte ſie nur dann klagen, wenn und ſoweit dieſelbe begründet iſt, alſo nach Auflöſung der Ehe und wenn ſie dann eine wirkſame Klage auf die ganze Dos hat. Wenn ihr daher die Klage ſchon während der Ehe gegeben iſt, ſo muß ihr Intereſſe ſchon ein gegenwärtiges ſein. In der l. 22 §. 1 de evictionibus wird deßwegen als ihr Klagfundament angegeben quasi minorem dotem habere coepisset, vel nullam. Dotem habere, womit ihr Intereſſe an der Dos bezeichnet werden ſoll, umfaßt alſo auch das Intereſſe während der Ehe. In der l. 75 de jure dotium wird der Satz noch ausdrücklicher motivirt und

das Intereſſe der Frau als dotem habere, mulieris dotem esse bezeichnet.

In der l. 43 de administratione tutorum wird folgender Fall vorgelegt: der Curator der Frau hat als ſolcher dem Ehemann eine Dos verſprochen, zu deren Beſchaffung er das Vermögen der Curandin für hinreichend hielt; ſpäter ſtellte ſich aber heraus, daß die Dos das Vermögen derſelben überſchritt. Paulus erklärt nun, daß die Ehefrau dem Curator auch ſchon während der Ehe aus dieſem Verſprechen hafte. Dieſe Haftung erklärt ſich nur aus der rechtlichen Anerkennung der Vortheile, welche der Frau auch ſchon während der Ehe aus dem Dotirtſein entſpringen. Der Juriſt gibt daher auch als Grund ſeiner Entſcheidung denſelben an, „welchen man zur Begründung der Collation zu gebrauchen pflege [40]),“ „quia habet dotem.“

Nach l. 25 §. 1. 2. quae in fraudem creditorum haftet die Frau, für welche vom überſchuldeten Vater oder Fremden dem die Ueberſchuldung nicht kennenden Ehemann eine Dos beſtellt iſt, den Gläubigern mit der actio Pauliana ſchon während der Ehe, auch wenn ſie ſelbſt die Verſchuldung nicht kannte, „quia quasi ex donatione aliquid ad eam pervenisse intelligitur [41]).“

---

40) Sicut in collatione bonorum dicitur. — Daß hier nicht etwa die Klage des Curators auf Ceſſion der rei uxoriae actio gehen ſoll, ergibt ſich aus dem Folgenden: quod si mulier suum curatorem adimplere non queat. — S. auch noch die folgende Anmerkung a. E.

41) Zweifel könnte erregen, daß es in Betreff der gutgläubigen Ehefrau nur heißt: quidam existimant, und Venulejus ſelbſt mit dieſer Entſcheidung nicht ganz übereinzuſtimmen ſcheint: aut certe cavere eam debere quod consecuta fuerit, se restituturam. Dieſes Bedenken des Juriſten erklärt ſich jedoch dadurch, daß die Entſcheidung auf die Analogie der Schenkung (quia quasi ex donatione aliquid ad eam pervenisse intelligitur) geſtützt iſt, dieſe aber allerdings erſt

Ulpian läßt in l. 4 §. 22. de doli mali exceptione gegen die Klage des Ehemanns auf die von dem Schwiegervater verſprochene Dos gegen die Erben deſſelben eine exceptio doli aus der Perſon der Frau zu. Dieß kann nun wol nicht leicht eine andere Einrede ſein, als die aus der Collationspflicht der Frau, welche die bonorum possessio agnoſcirt oder ſich in die Erbſchaft gemiſcht, die collationsberechtigten Miterben aber nicht liberirt hatte (ſ. o. N. 33 und S. 242). Die zur Begründung dieſer Exception durch die Erben gebrauchten Worte: cui (mulieri) ea pecunia acquiretur" und die zur Rechtfertigung dieſer Begründung gegebene Erklärung Julian's: „dos enim — intelligitur filiae acquiri, quum per hoc dotem sit habitura" müſſen mithin (auch nach Fein, der ja in dieſem Fall ausnahmsweiſe auch die Collation der beſtellten Dos anerkennt) nicht nur von dem „recht-

---

dann vollſtändig vorhanden iſt, wenn die Dos an die Frau gefallen iſt. Dieß gilt jedoch nur, wenn die Ehefrau in gutem Glauben iſt. Weiß ſie um die Verſchuldung des Dosbeſtellers, ſo läßt auch Venulejus ſie unbedingt haften, d. h. ſie muß, wenn der Ehemann in gutem Glauben war, den Werth, der eben ſeines guten Glaubens wegen von ihm nicht revocirbaren Dos ganz bezahlen. Würde das Recht ihr Intereſſe an der Dos nur auf ihre eventuelle Klage beſchränken, ſo würde ſie auch in dieſem Fall nur die Klage cediren oder Caution beſtellen müſſen, wie dieß in §. 2 für den bösgläubigen Vater der von einem Fremden dotirten filia familias beſtimmt iſt. — Auch in der vorher beſprochenen l. 43 wird ein mögliches Bedenken angedeutet (vel certe), welches jedoch, wie aus den folgenden Worten hervorgeht, Paulus ſelbſt nicht theilt. Daſſelbe iſt aber auch anderer Art, als das in der l. 25 §. 1; es konnte nur darüber entſtehen, ob durch die Beſtellung einer die Größe des Vermögens der Frau überſteigenden Dos utiliter für die Frau gehandelt ſei. Dieß war natürlich nach Auflöſung der Ehe nicht mehr fraglich. Daher heißt es nicht: vel certe cavere debet, ſondern: vel certe post divortium (scil. tenet), jedenfalls haftet ſie, wenn nach Auflöſung der Ehe geklagt wird, da es nun ſicher iſt, daß utiliter gehandelt iſt.

lichen Intereſſe" der Frau an der Dos, ſondern auch von dem „factiſchen" verſtanden werden.

Wenn zur genügenden Erklärung der bisher beſprochenen Sätze nothwendig auf die rechtliche Anerkennung eines Intereſſes der Frau an der Dos neben ihrer eventuellen Klage recurrirt werden mußte, ſo iſt dieß zwar in Betreff einiger anderen Sätze, welche ebenfalls auf das Intereſſe der Frau an der Dos geſtützt werden und in welchen dieſes in ähnlicher Weiſe bezeichnet wird, nicht nothwendig, indem dieſe ſich auch aus dem in der eventuellen Klage allein beſtehenden Intereſſe erklären laſſen, es kann dadurch aber das aus den andern Stellen gewonnene Reſultat nicht im mindeſten entkräftet werden. Ein ſolcher Satz iſt: daß die Frau die Gefahr der von einem Fremden, um der Frau zu ſchenken, dem Mann verſprochenen Dos trage [42]); ferner der Satz, daß der Frau eine Klage auf Auszahlung der für ſie dem Mann legirten Dos an den letzteren zuſteht [43]). — Wenn die l. 7 de pactis dotalibus erklärt, daß der Vater nach conſtituirter Dos nicht ohne Zuſtimmung der Tochter zu deren Nachtheil vom Ehemann die Rückgabe der Dos ſich oder einem Dritten wirkſam verſprechen laſſen kann, und wenn in l. 3 §. 5 de minoribus die zu einem ſolchen Vertrag zuſtimmende minorenne Tochter reſtituirt wird, ſo kann, da ja ein ſolcher Vertrag das Verhältniß während der Ehe nicht berührt, als einziger Grund der aufgeſtellten Sätze das Intereſſe der Frau nach Auflöſung

42) L. 33 de jure dotium. Ejus periculo est, cui acquiritur. Acquiri autem mulieri accipiemus, ad quam rei commodum respicit.

43) L. 69 §. 2 de legatis I. Filia habet actionem, cujus maxime interest. L. 71 §. 3 de conditionibus et demonstrationibus. Legati quidem emolumentum ad Seiam, quae dotem habere incipit, pertinebit — mulieris interest, ut incipiat esse dotata. Ungezwungener erſcheinen auch dieſe Worte, wenn man ſie auf das Geſammtintereſſe der Frau an der Dos bezieht.

der Ehe, die eventuelle Dotalklage, geltend gemacht werden. Es folgt daraus aber keineswegs, daß die zur Motivirung dieſer Sätze gebrauchten Ausdrücke: quoniam jam acquisita mulieri dos tum esset und quoniam dos ipsius filiae proprium patrimonium est[44]) an ſich nur auf dieſes Intereſſe bezogen werden können.

Einen ſtringenten Beweis für die Richtigkeit der gegebenen Begründung der eben angeführten Sätze und eine Erklärung der Terminologie der Juriſten liefert noch die Behandlung des Vaters in den entſprechenden Verhältniſſen. Der Vater conferirt die ſeiner Tochter irgend von wem beſtellte Dos nicht, ehe ſie ihm nicht in natura zugefallen iſt. Der Vater hat nun aber, wie die Tochter, eine eventuelle Klage auf die Dos, und zwar, wenn die Tochter in ſeiner Gewalt iſt, genau unter denſelben Vorausſetzungen und mit derſelben Wirkung, wie dieſe, ſowol in Betreff der dos profectitia, als der adventitia. Iſt ſie nicht mehr in ſeiner Gewalt, ſo hat er wenigſtens die Klage auf die dos profectitia für den Fall des Todes der Frau während der Ehe. Wäre es nun lediglich das Klagrecht der Frau geweſen, aus welchem man die Collationspflicht derſelben hergeleitet hätte, und wäre eben dieſe Klage das Collationsobject geweſen, ſo hätte nothwendig auch der Vater, wenigſtens wenn die Tochter noch in ſeiner Gewalt war, conferiren müſſen, und zwar ebenfalls durch Cautionsbeſtellung. (Die Argumentation Fein's[45]), daß „nach

44) Dieſe letztere, etwas frappante Bezeichnung der l. 3 §. 5 cit. erklärt ſich aus dem vorhergehenden §. 4. In dieſem wird nämlich angeführt, daß der Grund der Reſtitution des Hausſohns nicht in ſeinem Intereſſe an dem Peculium liege, „magis enim patris quam filii interest.“ Im Gegenſatz dazu wird nun das Intereſſe der Frau an der Dos als das vorzüglichere, dem des Vaters vorgehende bezeichnet.

45) a. a. O. S. 152.

dem regelmäßigen Verlauf der Dinge die Tochter, als die Jüngere, den Vater, und zwar bei beſtehender Ehe — denn auch der Schwiegerſohn werde regelmäßig jünger ſein, als der Schwiegervater — überlebe und ſo die alleinige Inhaberin des bedingten Nomen auf Reſtitution der Dos werde[46]," könnte allenfalls als Erklärung einer indifferenten[47] Terminologie gelten, aber gewiß nicht als Begründung eines römiſchen Rechtsſatzes.) Intereſſant iſt es nun, daß die Quellen die Nichtcollationspflicht des Vaters im Gegenſatz zu der Collationspflicht der Frau behandeln, und daß ſie dabei auf die zur Begründung der Collationspflicht der Frau gebrauchten Ausdrücke zurückkommen. Quia non sicut in matrisfamilias bonis esse dos intelligitur, ita et in patris a quo sit profecta[48]; quia (dos) in bonis ejus non est[49]; non enim sicut mulieris dos est, ita patris esse dici potest[50]. Intereſſanter noch wird dieſe Begründung, wenn man damit vergleicht, daß es an anderen Stellen heißt: ipsius et filiae dos est[51], dos communis est patris et filiae[52]. Hier handelt es ſich um das Rechtsverhältniß nach Auflöſung der Ehe bei Lebzeiten der filia familias, wo alſo die Rechte des Vaters und der Tochter in jeder

46) „Daß ein Verhältniß ſo dargeſtellt werde, wie es ſich meiſtens im Leben geſtalte," iſt ſicherlich nicht dem Verfahren „römiſcher Juriſten" entſprechend, ſobald dadurch der rechtliche Geſichtspunct verſchoben wird.

47) Als indifferent kann aber die Terminologie, bei deren Feſtſtellung Fein dieſes Argument braucht, nach deſſen eigenem Geſtändniß (S. 150 N. 15) nicht angeſehen werden, da dieſelbe ja ſpäter zur Begründung von Rechtsſätzen gebraucht wird.

48) L. 4 de collationibus.

49) L. 1 §. 9 de dotis collat.

50) L. 71 de evictionibus.

51) L. 2 §. 1 soluto matrimonio.

52) L. 3 eodem.

Beziehung gleich ſind und beide zuſammen eine dem Inhalte der Dos genau entſprechende unbedingte Klage haben.

In derſelben Weiſe wird der Vater von der Tochter verſchieden behandelt in Betreff der Haftung mit der actio Pauliana (ſ. o. N. 41). Während wenigſtens die bösgläubige Tochter auch während der Ehe haftet, braucht der Vater nur Caution für die Eventualität des Anfalls der Dos an ihn zu leiſten.

Schließlich iſt hier noch eine Stelle zu berückſichtigen, in welcher auch auf ein ſchon während der Ehe der Tochter vorhandenes, von ſeinem eventuellen Klagrecht verſchiedenes Intereſſe des Vaters an dem Dotirtſein der Tochter Gewicht und hauptſächliches Gewicht gelegt wird. Auch der Vater kann nämlich nach l. 71 de evictionibus gegen ſeinen Auctor augenblicklich auf Evictionsleiſtung klagen, wenn eine von ihm als Dos gegebene Sache dem Schwiegerſohn evincirt wird. Neben dem Intereſſe wegen des eventuellen Klagrechts, welches allein nicht zur augenblicklichen Klaganſtellung genügen würde, iſt es das aus der paterna affectio fließende Intereſſe filiam dotatam habere, mit welchem die Gewährung dieſer Klage begründet wird. Trotzdem aber, daß hier dieſe beiden Intereſſen, das gegenwärtige und das eventuelle, wie bei der Tochter anerkannt werden, wird doch ausdrücklich erklärt, daß ſein Verhältniß von dem der Tochter verſchieden ſei, und daß es von ihm nicht wie von der Tochter heiße, dos ejus est. —

Aus dem Allen ergibt ſich nun folgendes Reſultat: Obgleich die Römer das Rechtsverhältniß an der Dos ſo conſtruirten, daß der Ehemann der ſelbſtſtändig und allein Berechtigte wurde, und der Frau ihm gegenüber nur ein eventuelles Rückforderungsrecht zuſtand, ſo wurde dieß Verhältniß doch nicht nach allen Seiten ſo aufgefaßt, wie es unter Fremden ſich geſtaltet haben würde, ſondern dieſe Conſtruction er-

ſchien nur als der dem Weſen der Ehe am meiſten entſprechende Ausdruck für die eheliche Gemeinſchaft nach der einen und hauptſächlich in Betracht kommenden Seite hin. Wenn und ſoweit aber dieſe rechtliche Conſtruction nicht als entſprechender Ausdruck der ehelichen Gemeinſchaft ſich darſtellte, faßte das Recht die letztere in ihrer thatſächlichen Beſchaffenheit auf und erkannte an, daß die Frau die Dotalgegenſtände, reſp. deren Werth, ihrem Vermögen nicht in der Art entfremdet habe, wie dieß durch die Uebertragung an einen Dritten (wenn auch mit eventuellem Rückforderungsrecht) geſchehen wäre, und wie dieß z. B. ausdrücklich von dem eine Dos beſtellenden Vater erklärt wird [53]), ſondern daß die Dos, wie dieß durch die beſondere Natur des ehelichen Zuſammenlebens möglich iſt, fortdauernd ihrem Vermögen thatſächlich angehöre und daß ſie durch dieſelbe, reſp. mit deren Werth, an dem ehelichen Vermögen participire. Eine juriſtiſche Formulirung erhielt dieß Verhältniß allerdings nicht und konnte es nicht wol erhalten, es fand aber als thatſächliches ſeine rechtliche Anerkennung in den beſprochenen Sätzen. Dieſes thatſächliche Verhältniß drücken nun auch die in den Quellen angeführten Motive: mulier habet dotem, mulieris est dos, mulieri acquiritur dos in völlig entſprechender Weiſe aus, und daß ſie gerade dieß Verhältniß und nur dieſes ausdrücken ſollen, ergibt ſich daraus, daß das rechtlich anerkannte Intereſſe des Vaters ausdrücklich nicht ſo bezeichnet wird [54]), von dem Verhältniß des Ehemanns zur Dos aber dieſelben Ausdrücke gebraucht werden [55]).

53) Abscessit a bonis patris. L. 9 de dotis collatione.

54) S. namentlich l. 71 de evictionibus u. o. S. 250.

55) Z. B. l. 75 J. D.: quamvis in bonis mariti dos sit. Zu dem thatſächlichen Haben kömmt hier noch das dem Mann zuſtehende Recht. — Aus der Faſſung der angeführten Stelle ergibt ſich, wie

Schon oben (S. 230) ist angedeutet worden, daß die Bestimmungen über die Zuwendungen eines Ehegatten an den anderen aus der Idee der ehelichen Gemeinschaft hervorgegangen seien. Es soll hier etwas näher darauf eingegangen werden. Bekanntlich wird der Satz gewöhnlich so formulirt: Schenkungen unter Ehegatten sind unwirksam, und hinterher wird eine Anzahl von Ausnahmen aufgestellt. Um das wahre Wesen und die Gründe der Entstehung dieses Satzes aufzusuchen, scheint es mir jedoch irrig, von dem Begriff der Schenkung, als einem anderweit schon festgestellten, auszugehen, denn gerade die Unwirksamkeit der Schenkungen in der Ehe hat ja „vorzugsweise den Juristen zur genaueren Ausbildung des Begriffs der Schenkung" Veranlassung gegeben[56]). Deßwegen und wegen des verschiedenen Gebrauchs des Worts Schenkung in der engeren und weiteren Bedeutung scheint es geeigneter, hier von dem Begriff der Zuwendung ohne Gegenleistung auszugehen und zu fragen, ob und mit welcher Wirkung solche zwischen Ehegatten stattfinden können. Diese Frage dürfte nun im Allgemeinen dahin zu beantworten sein, daß derartige Zuwendungen auch zwischen Ehegatten vorkommen können, dieselben jedoch hinsichtlich ihrer Form und ihrer Wirkung durch die sittliche und rechtliche Natur der Ehe influirt werden. Im Einzelnen sind aber die Zuwendungen von Seiten des Manns und die von Seiten der Frau gesondert zu betrachten, da sie nach der verschiedenen Stellung des

---

schon oben bemerkt (N. 27), die Unmöglichkeit, daß dos in Beziehung auf die Frau technischer Ausdruck für „die Rechte der Frau in Bezug auf die Dotalobjecte sei," wie Meyerfeld a. a. O. S. 41 behauptet.

56) Savigny, System. Bd. IV. S. 7. Von den Folgen des Untergangs des Geschenks ist in den Quellen nur in Beziehung auf die Schenkung in der Ehe die Rede. Ebendas. S. 74.

Manns und der Frau in der Ehe einen verſchiedenen Charakter haben [57]).

Das begriffsmäßige fortdauernde Zuſammenleben der Ehegatten, das Theilnehmen an ihren beiderſeitigen Schickſalen läßt es als das Naturgemäße erſcheinen, daß der Mann nicht, wie das bei einem Fremden, welchen er unterhalten will, zweckmäßig iſt, der Ehefrau fruchttragende Sachen oder Geld zu Eigenthum überträgt, einen Uſusfruct beſtellt oder beſtimmte Alimente ausſetzt, ſondern daß er fortdauernd für ihre einzelnen Bedürfniſſe ſorgt. Er überträgt ihr daher auch völlig rechtswirkſam Geld und Sachen, um beſtimmte Bedürfniſſe durch Conſumtion oder Veräußerung derſelben zu befriedigen, und es iſt dabei einerlei, ob die Frau derartige Ausgaben von ihrem eigenen Vermögen zu beſtreiten pflegte, ja ſogar, ob ſie dieſe Ausgaben in dem Ehevertrag auf ihr Sondervermögen übernommen hatte oder nicht [58]). Auch die Natur dieſer Bedürfniſſe iſt völlig gleichgültig; nicht nur zum nothwendigen Unterhalt, ſondern auch zu Luruszwecken und zu Ehrenausgaben macht der Mann der Frau völlig wirkſam Zuwendungen. Er kann ihr aber auch, ſtatt zu den einzelnen Bedürfniſſen, wenn dieſe entſtehen, jedesmal beſondere Zuwendungen zu machen, zur Beſtreitung aller ihrer Bedürfniſſe oder einzelner Arten derſelben den Vermögensumſtänden entſprechende Summen in beſtimmten Zeiten geben (annuum, menstruum) [59]), die dann als Aequivalent für die

57) Schon Savigny, a. a. O. S. 174, deutet die verſchiedene Stellung des Manns und der Frau in Betreff der Zuwendungen an, hat dabei jedoch nur die Dosbeſtellung im Auge, während auch in anderer Beziehung, namentlich bei dem annuum, die Verſchiedenheit wirkſam hervortritt. S. u. N. 62.

58) L. 21 pr. de donatt. int. vir. et uxor.

59) L. 15. l. 33 h. t. Eine ſolche Rente kann zufällig den Zinſen oder Früchten der Dos gleich ſein. L. 21 §. 1. l. 28 §. 7 h. t.

zu reichenden Alimente[60]) oder beſtimmte Arten derſelben gelten. Er überläßt ihr ferner gültig Sachen zum einfachen Gebrauch oder auch, um aus den Früchten derſelben ihre Bedürfniſſe zu beſtreiten. Er hat daher keinerlei Anſpruch auf die zur Conſumtion übergebenen Sachen und Früchte, ſobald dieſe conſumirt ſind, er kann für die Benutzung ſeiner Sclaven durch die Frau, für die Einräumung ſeines Wohnhauſes keine Entſchädigung fordern, eben ſo wenig für die Deterioration der zum Gebrauch übergebenen Sachen. — Der Ehemann kann aber, wenn er es für geeignet hält, ſpäter in anderer Weiſe für den Unterhalt der Frau zu ſorgen, die zum Gebrauch oder zur Fruchtziehung überlaſſenen Sachen wieder zurücknehmen, er braucht die verſprochene Rente nicht in derſelben Größe oder gar nicht weiter auszuzahlen, er kann von den gezogenen Früchten, ſobald dieſe nicht als Aequivalent der Alimente aufgefaßt waren, und von den präſtirten Geldrenten, ſobald dieſe wegen ihrer Größe nicht als derartiges Aequivalent aufgefaßt werden konnten[61]), zurückfordern, was nicht conſumirt iſt[62]). Der Ehemann kann ferner die Ehefrau

60) Eine Rente, welche gleich iſt den Zinſen oder Früchten der Dos, gilt als Aequivalent der geſammten Alimente. L. 21 §. 1 h. t.

61) L. 15 pr. h. t.

62) In der Frage nach der Herausgabe der Früchte ſcheint mir, wenn man von dem Unterſchied zwiſchen der einfachen Zuwendung und der Auffaſſung derſelben als Aequivalent der Alimente ausgeht, ein unlösbarer Widerſpruch der Quellen nicht vorhanden. Wenn die Früchte ſelbſt Gegenſtand der Schenkung ſind, ſo wurde anerkannt, daß die Bereicherung condicirt werden kann. Ich berufe mich dafür nicht ſowol auf l. 9 §. 1 de donatt., da hier von einem ganz anderen Geſichtspunct aus das Verhältniß betrachtet iſt, ſondern auf diejenigen Stellen, welche von der Rückgabe der der Ehefrau überlaſſenen Dotalfrüchte handeln. Was die Früchte der geſchenkten Sache betrifft, ſo ſprechen die Quellen meines Wiſſens nur in Betreff der während der Ehe zurückgezahlten Dos von der Verpflichtung, die aus den Früchten gewonnene Bereicherung mit herausgeben zu müſſen, die

zur Erbin einſetzen, ihr Vermächtniſſe hinterlaſſen und auf den Todesfall ſchenken. Ebenſo kann er ihr in jeder Weiſe

völlige Gleichheit der Reſuſion der Dos mit den anderweiten Schenkungen, ſoweit es ſich um die Rückforderung des refundirenden Ehemanns handelt (ſ. u.), beſtimmt mich aber, dieſe Sätze allgemein für alle Schenkungen zu faſſen. Unterſtützend wirkt dabei die materielle Gleichheit des Verhältniſſes mit der Schenkung der Früchte ſelbſt und die Analogie des bonae fidei possessor. Die von Savigny angeführten Stellen ſcheinen mir hingegen hierfür nicht angeführt werden zu können. Marcellus, welchem Savigny die conſequenteſte Meinung zuſchreibt, handelt in l. 49 h. t. lediglich von der Wirkſamkeit der Schenkung eines Landguts der Frau an den Ehemann, damit es nach deſſen Tod an den gemeinſchaftlichen Sohn falle, reſp. von der Erreichung dieſer Abſicht. Die Frage kann nur intereſſant werden für den Fall, daß die Frau vor dem Ehemann ſtirbt und ihre Erben das Landgut beanſpruchen. Da Marcellus vor der oratio D. Severi ſchrieb, ſo geht er natürlich davon aus, daß, wenn eine Schenkung an den Ehemann vorliege, dies Geſchäft unwirkſam ſei und auch nicht durch den Tod der Frau convaleſcire, und es handelt ſich nur um die Unterſuchung, ob eine ſolche unwirkſame Schenkung vorliege. Dieſe Frage bejaht der Juriſt nur für den Fall, daß der Mann in der Zwiſchenzeit einen Vortheil aus der Schenkung haben ſolle. In wie weit er ſelbſt aber der Ehefrau oder deren Erben gegenüber hafte, wird, als für die behandelte Frage ohne Intereſſe, nicht unterſucht. — Ebenſo wenig iſt für unſere Frage die l. 45 de usuris entſcheidend; ſie handelt, wie ſchon aus ihrer Stellung hervorgeht, nur von dem Erwerb der Früchte, nicht von der Rückgabe derſelben, und beſtimmt, daß der beſchenkte Ehegatte fructus percipiendo ex re donata suos facit. Dieß mit Savigny a. a. O. S. 42 N. 9 zu erklären: „er darf ſich durch die Früchte rechtmäßig bereichern," ſcheint mir nicht gerechtfertigt, da die Stelle in ihrem weiteren Verlauf ausdrücklich auf den bonae fidei possessor Bezug nimmt, bei dieſem aber das suum facere im Verhältniß zum Eigenthümer nur den Ausſchluß der Condictio der conſumirten Früchte bezeichnet. Was die Diſtinction dieſer Stelle zwiſchen ſ. g. Induſtrial- und Naturalfrüchten betrifft, ſo kann man darin nicht eine Beſonderheit für die Schenkungen in der Ehe erkennen, ſondern es liegt die Anwendung einer von einigen alten Juriſten aufgeſtellten, ſpäter aber verworfenen derartigen Unterſcheidung bei dem Fruchterwerb des nicht malae fidei possessor auf den einzelnen Fall vor.

feſte Zuwendungen machen für den Fall einer bevorſtehenden Scheidung [63]). Alle dieſe in den Quellen anerkannten Zuwendungen entſprechen dem Verhältniß des Manns zur Frau, und zwar erſcheinen die zuerſt erwähnten als Zuwendungen, wie ſie durch dieſes Verhältniß bedingt ſind, die zuletzt erwähnten aber, auch anderwärts häufig vorkommend, enthalten nichts dieſem Verhältniß Zuwiderlaufendes. Alle anderen Arten von Zuwendungen aber ſtellen ſich als dieſem Verhältniß nicht entſprechend dar.

(Heimbach, Die Lehre von der Frucht. S. 41.) Wollte man der Unterſcheidung, auch für die Rückgabe eine practiſche Bedeutung geben, ſo könnte es nur die ſein, daß der Beſchenkte auch die conſumirten Nichtinduſtrialfrüchte erſetzen müßte. L. 9 §. 1. l. 11 de donationibus führt Savigny bei der Beurtheilung der vorliegenden Frage mit Recht nicht auf. Die für die Anſicht, daß die Bereicherung aus den Früchten nicht herauszugeben ſei, angeführte Hauptſtelle iſt die l. 17 pr. h. t.: fructus ut usuras licitam habere donationem. Berückſichtigt man aber, daß hier nur von einer beſchenkten Ehefrau die Rede iſt, daß die Stelle mit der l. 15 §. 1 h. t., welche aus demſelben 32. Buch Ulpian's ad Sabinum genommen iſt und ebenfalls Julian's Anſicht referirt, eng zuſammenhängt, daß aber l. 15 pr. von dem beſonderen Recht des der Frau gegebenen annuum handelt, ſo dürfte man wol ohne allzu große Willkür die l. 17 pr. auf den (wol ſehr häufigen) Fall beſchränken, daß der Ehemann der Frau ein Gut geſchenkt hatte in der Abſicht, daß ſich die Ehefrau aus den Revenüen ganz oder theilweiſe alimentiren ſolle, daß alſo die Früchte, weil ſie als Aequivalent der Alimente galten, unwiderruflich in das Eigenthum der Frau übergingen. In der l. 21 §. 1 h. t. iſt dieſe Auffaſſung ausdrücklich ausgeſprochen für den Fall des Erlaſſes der verſprochenen Zinſen von der verſprochenen Dos. Vergl. auch l. 28 §. 7. h. t. (Nicht entgegen iſt l. 22 de pactis dotalibus.) Wo die Früchte nicht als Aequivalent der Alimente gelten, muß auch die Frau die Bereicherung aus den Früchten herausgeben, alſo auch bei der refusio dotis; iſt ihr die Dos jedoch ut se suosque alat herausgegeben, ſo liegt wieder ein Alimentenäquivalent vor.

63) Die Beſtimmungen der lex Julia über die decimae ſind für unſere Frage ganz ohne Bedeutung.

Will der Ehemann nämlich der Frau ſchon während der Ehe Vermögen definitiv zuwenden, alſo z. B. nicht zur Conſumtion beſtimmte Sachen zu Eigenthum übertragen, ihr dingliche Rechte beſtellen, ſich ihr verpflichten, ſo kann dieß aus der Abſicht hervorgehen, daß die Frau ihren Unterhalt aus dem übertragenen Vermögen beſtreiten ſoll. Hier läge in der beabſichtigten definitiven Entäußerung der Alimentationspflicht das uneheliche Handeln — während eine nur zeitweilige, ihrer Dauer nach von dem Ermeſſen des Ehemanns abhängige Trennung den Umſtänden entſprechend erſcheinen kann. Uebertrüge er das Vermögen, ohne damit die Abſicht zu verbinden, ſich der Unterhaltung der Ehefrau zu entſchlagen, alſo die Gemeinſchaft aufzuheben, ſo läge das Uneheliche darin, daß das übertragene Vermögen ausdrücklich den ehelichen Zwecken entfremdet und als Sondergut beſtellt würde. Die Frau handelte aber auch durch Annahme einer ſolchen definitiven Zuwendung unehelich, da ſie im erſten Fall in die Trennung der Gemeinſchaft willigte, im zweiten Fall ihr Sondervermögen auf Koſten des ehelichen Vermögens vermehrte und durch ihre eigene Bereicherung den Ehemann möglicher Weiſe in die Lage verſetzte, bei Veränderung der Vermögens- und Lebensverhältniſſe den Unterhalt der durch die Ehe verbundenen und aus ihr entſproſſenen Perſonen nicht mehr in gehöriger Weiſe beſchaffen zu können [64]). Das Recht erkennt deßwegen von Alters her eine derartige, dem Weſen der Ehe widerſprechende Abſicht des zuwendenden Ehemanns und der empfangenden Ehefrau, nach welcher beide nicht als Ehegatten, ſondern gleichſam als einander fremd gegenüberſtehende Perſonen handeln würden, nicht als rechts-

64) Auf dieſen letzteren Punct gerade legen die Römer großes Gewicht, ſ. z. B. l. 3 pr. h. t.

wirkſam an, und es bedarf deßwegen auch nie einer Unterſuchung, ob die Abſicht des Ehemanns auf definitive Bereicherung der Frau gerichtet war oder er ihr lediglich eine der eben beſprochenen Zuwendungen während der Ehe machen wollte. Alle Zuwendungen werden ſo beurtheilt, wie wenn ſie aus der letzteren Abſicht hervorgegangen wären. Der Ehemann fordert deßwegen jede aus der geſchenkten Subſtanz oder den Früchten derſelben vorhandene Bereicherung der Frau zurück, ſoweit nicht die Qualificirung einer Zuwendung als annuum modificirend einwirkt. — Welche Theile des Vermögens der Mann der Frau überträgt, iſt hierbei gleichgültig. Auch wenn er die Dos der Ehefrau ſchon während der Dauer der Ehe zurückgibt, handelt er unehelich [65]). Ja, man könnte

65) Die Herausgabe der Dos muß ganz nach denſelben Principien beurtheilt werden, wie eine Zuwendung aus dem ſonſtigen Vermögen des Ehemanns. Francke (Archiv f. civiliſt. Praxis. B. XVIII. S. 11) behauptet mit Recht, die Unwirkſamkeit der Herausgabe der Dos beruhe nicht auf denſelben Principien, wie die Unwirkſamkeit der Schenkung unter Ehegatten. Dieß gilt aber nur für die Unwirkſamkeit der Frau gegenüber, welche ſich als Nichtbefreiung des Manns von der Verpflichtung, die Dos in gewiſſen Fällen der Auflöſung der Ehe zurückzuzahlen, darſtellt, keineswegs aber für die davon völlig verſchiedene Unwirkſamkeit dem refundirenden Mann gegenüber, welche ſich in der Revocation deſſelben äußert. Francke, welcher dieſe beiden verſchiedenen Seiten nicht ſcharf aus einander hält, behauptet, die Herausgabe der Dos unterſcheide ſich nach den Quellen von der Schenkung des Ehemanns dadurch, daß mit der herausgegebenen Dos die vorhandenen Früchte zurückgegeben werden müßten, die Früchte der geſchenkten Sache aber alle von dem Beſchenkten lucrirt würden. Hiergegen verweiſe ich auf die Ausführungen in N. 62. Wenn er aber weiter behauptet, nach den Grundſätzen über Schenkung der Ehegatten hätte die Herausgabe der Dos deßwegen wirkſam ſein müſſen, weil ja die Vorausbezahlung noch nicht fälliger Schulden unter Ehegatten gültig geweſen ſei, ſo iſt dieß Argument irrig: formell deßwegen, weil ja die Obligation der Zurückgabe der Dos nicht eine betagte, ſondern eine bedingte iſt; ſowol ihre Exiſtenz, als die

ſogar behaupten, daß, da die Dos ſpeciell als ad sustinenda matrimonii onera dienend bezeichnet wird, bei der Herausgabe derſelben das Uneheliche noch prägnanter hervortrete, als bei Zuwendungen aus dem urſprünglich dem Mann gehörigen Vermögen.

Wenden wir uns zu den Zuwendungen der Ehefrau an den Ehemann, ſo kann in einer Zuwendung aus dem Sondergut derſelben an den Ehemann an ſich etwas Uneheliches nicht liegen. Die Ehefrau iſt zwar mit ihrem Sondergut nicht in die Ehe eingetreten und ſie iſt zu keiner Verwendung deſſelben zum Beſten der Ehe verpflichtet, ſie kann aber über daſſelbe völlig frei verfügen und es daher auch zum Beſten des Ehemanns gültig verwenden.

Die Natur der Ehe gibt der Frau Gelegenheit, ohne eine rechtliche Uebertragung des Vermögens ſelbſt dem Mann den Nutzen aus demſelben zu Theil werden zu laſſen, indem ſie entweder in einzelnen Fällen ſeine oder der Kinder Bedürfniſſe beſtreitet oder ihm, wie das häufig geſchah, das Sondervermögen oder einen Theil deſſelben zum Gebrauch oder zur Fruchtziehung precär in der Weiſe überläßt, daß derſelbe die Bedürfniſſe der Ehe aus demſelben ſelbſt beſtreiten kann. Sie kann derartige Ueberlaſſungen aber natürlich jeden Augenblick widerrufen und hat dann auch eine condictio auf die aus dieſer Ueberlaſſung dem Mann gewordene Bereicherung [66]). —

Größe ihres Objects (Retentionen) hängen von Bedingungen ab, deren Eintritt ſelbſt (nicht nur die Zeit des Eintritts) ungewiß iſt. Materiell liegt die Verſchiedenheit darin, daß gerade das Haben und Benutzen der Dos während der Ehe der Zweck der Dosbeſtellung iſt, der Ehemann alſo durch frühere Herausgabe gerade dieſen ihm zugewandten Vortheil übertragen, alſo ſicherlich ſchenken würde, wie dieß durch Beſtellung eines Uſusfructus oder Verzicht auf einen ſolchen an Sachen der Frau beſtellten geſchähe.

66) Die Bereicherung iſt vom Mann immer herauszugeben, auch

Die Frau kann dem Mann aber auch einen Theil ihres Sondervermögens durch einen Rechtsact übertragen oder das gesammte Sondervermögen seiner charakteristischen Eigenschaft entkleiden und für zum Besten der Ehe verwendbar erklären: auch während der Ehe kann die Frau fortwährend Vermögensstücke zur Dos geben. Der Mann erwirbt dann ganz dieselben Rechte, wie er sie an den bei Eingehung der Ehe zur Dos bestellten Vermögensstücken erworben hatte, also namentlich Eigenthum an Sachen. Ohne einen besonderen Vertrag bleibt eine solche Dos also, wenn die Ehe durch den Tod der Frau getrennt wird, ebenfalls bei dem Mann. Für den Fall des Vorhandenseins von Kindern kann die Frau von Anfang an das Verbleiben der Dos bei dem Mann auch für den Fall der Scheidung feststellen. Ebenso kann sie dem Ehemann das Verbleiben einer schon früher bestellten Dos vertragsmäßig zusichern. Sie kann endlich dem Mann von Todes wegen und für den Fall einer bevorstehenden Scheidung definitive Zuwendungen machen und denselben letztwillig bedenken.

Die Frau hat also hiernach die Möglichkeit, dem Mann Zuwendungen aller Art zu machen, welche dem ehelichen Verhältniß entsprechen; sie kann ihm thatsächlich und rechtlich den Genuß ihres Sondervermögens einräumen, sie kann für ihn von Todes wegen sorgen, und zwar in Verbindung mit der Zuwendung während der Ehe oder ohne dieselbe. Namentlich aber ist von dem Recht eine bestimmte Form gegeben, in welcher die Frau dem Mann schon während der Ehe und mit bestimmten Wirkungen nach Auflösung derselben Zuwendungen aus ihrem Sondervermögen machen kann. Das Do-

---

wenn die Frau ihm ein „annuum“ gegeben hatte, denn da ihr nicht die Alimentation des Ehemanns obliegt (incongruens est et contra sexus naturam l. 33 §. 1 h. t.), so kann es auch nicht als Aequivalent für eine solche gelten.

talrecht, welches dieſe Möglichkeit gewährt, enthält aber nicht nur *ſubſidiäre* Beſtimmungen für den Fall, daß die Parteien nicht vertragsmäßig das Rechtsverhältniß feſtgeſtellt haben, ſondern daſſelbe geht von der Vorausſetzung aus, daß es die Abſicht, zu dem ehelichen Vermögen einen Beitrag zu liefern und die maritalis affectio ſei, welche die Ehefrau beſtimmen, dem Ehemann Zuwendungen zu machen, und geſtattet daher zwar den Ehegatten, über die Schickſale der Dos nach Auflöſung der Ehe Verträge abzuſchließen, erkennt aber Dispoſitionen, durch welche jene Abſicht nicht erreicht wird und welche nicht als Aeußerungen dieſer affectio angeſehen werden können, nicht an. Dotalverträge, welche das Verbleiben der Dos in dem Vermögen des Manns für den Fall der Trennung der Ehe durch den Tod des Manns oder der kinderloſen Ehe durch Scheidung feſtſetzen, ſind unwirkſam. Dieſer *prohibitive* Charakter des Dotalrechts muß nun aber nothwendig dahin führen, auch ſolche Rechtsgeſchäfte, welche zwar zunächſt nicht unter das Dotalrecht zu fallen ſcheinen, jedoch die prohibirte Wirkung haben ſollen, als unwirkſam erſcheinen zu laſſen. Eine von der Frau vorgenommene definitive Zuwendung, wie ſie unter Fremden als Schenkung vorkömmt, unterſchiede ſich von einer Dosbeſtellung mit der vertragsmäßigen Beſtimmung, daß die Dos in allen zuläſſigen Fällen bei dem Mann bleiben ſolle, nur dadurch, daß das zugewandte Vermögen auch in den beiden durch das Dotalrecht prohibirten Fällen in dem Vermögen des Ehemanns bliebe. Das Recht kann dieſelbe deßwegen, als dem ehelichen Verhältniß zuwider laufend, nicht anerkennen. Es wäre nun allerdings eine Rechtsbildung in der Art denkbar geweſen, daß man alle Zuwendungen an den Ehemann nach Dotalrecht beurtheilt und alſo dieſelben nicht für abſolut unmöglich, ſondern nur in denjenigen Fällen für unwirkſam erklärt hätte, in

welchen ſie als unehelich ſich herausſtellten. Daß dieſe allerdings mögliche Rechtsbildung nicht ſtattfand, ſcheint mir darin ſeinen Grund zu haben, daß die Dosbeſtellung regelmäßig in beſtimmten unzweifelhaften Ausdrücken vorgenommen wurde, bei anderweitigen Zuwendungen aber es oft zweifelhaft bleiben mochte, ob die Frau dem Mann nur in precärer Weiſe den Gebrauch einer Sache einräumen, eine Sache oder eine Summe Geldes zur Befriedigung eines augenblicklichen Bedürfniſſes zuwenden oder ihm eine definitive Vermehrung ſeines Vermögens dadurch verſchaffen wollte. Das eheliche Verhältniß bringt es aber nicht nur mit ſich, daß die wahre Abſicht der Ehefrau ſchwer erkennbar iſt, ſondern es rechtfertigt ſogar die Unbeſtimmtheit der Abſicht ſelbſt, und die Bezeichnung der Zuwendung als donatio gewährt bei der ſelbſt bei den Juriſten häufigen Unbeſtimmtheit des Ausdrucks [67]) nicht den geringſten Anhalt. Hätte man daher jede ſ. g. donatio als feſte Einräumung eines Rechts nach Dotalrecht auffaſſen wollen, ſo würde dieß der Abſicht der Ehefrau häufig nicht entſprochen haben, und es erſchien als das Naturgemäßeſte, jede ſ. g. donatio im Zweifel [68]) als lediglich thatſächliche Zuwendung aufzufaſſen.

Nach der gegebenen Darſtellung hat alſo der von den römiſchen Juriſten als „Unwirkſamkeit der Schenkungen unter Ehegatten“ formulirte Satz nicht den Sinn: Zuwendungen, welche zwiſchen einander fremd gegenüberſtehenden Perſonen als donationes rechtlich anerkannt werden, ſind unwirkſam, wenn ſie zwiſchen Ehegatten ſtattfinden, ſondern: Zuwendungen unter Ehegatten werden dann

67) Savigny a. a. O. §. 143 N. i. k. l.

68) Daß natürlich der Beweis der Abſicht, eine Dos zu beſtellen, nachgelaſſen werden konnte, iſt wenigſtens für das ſpätere (vorjuſtinianiſche) Recht unzweifelhaft.

rechtlich anerkannt, wenn ſie dem Weſen der ehelichen Gemeinſchaft gemäß vorgenommen werden, d. h. die Gemeinſchaft des Genuſſes des beiderſeitigen Vermögens befördern und nicht vielmehr dieſelbe aufheben. Diejenigen Sätze, welche als Ausnahme der allgemeinen Regel, wie ſie von den Römern formulirt wurde, aufgefaßt werden, erſcheinen nun auch faſt alle als Conſequenzen des oben aufgeſtellten Princips [69]), und es laſſen ſich aus demſelben noch manche ſcheinbare Ausnahmen der Art ableiten.

Die durch die oratio D. Severi eingeführte Veränderung zeigt ſich ebenfalls als eine völlig conſequente Fortbildung des Rechts. Da nämlich in der Abſicht des Ehegatten, welcher dem anderen eine definitive Zuwendung macht, auch die Abſicht enthalten iſt, daß derſelbe das zugewendete Vermögen nach Auflöſung der Ehe durch ſeinen, des Zuwendenden, Tod

69) So namentlich die donatio divortii causa, exilii causa, ad processus, honoris causa. Ein detaillirtes Eingehen auf dieſe Sätze würde hier zu weit führen, erſcheint aber auch als überflüſſig, darum berühre ich hier nur einige Puncte. Die juſtinianiſche Beſtimmung Betreffs der Schenkungen des kaiſerlichen Ehepaars iſt natürlich als Ausnahme aufzufaſſen, dieſelbe iſt jedoch in ihrer poſitiven Geſtaltung ohne alles Intereſſe. — Die Zulaſſung eines mäßigen Feſtgeſchenks bildet zwar, da ein ſolches, der Sitte gemäß, nur durch definitive Uebertragung in das Vermögen der Ehefrau beſchafft werden kann, ebenfalls eine Ausnahme des formulirten Satzes, ſtellt ſich aber, da derartige Zuwendungen durch die Sitte gerechtfertigt, ja gleichſam geboten ſind, ſobald es nicht übermäßig iſt, nicht als dem Weſen der Ehe zuwiderlaufend dar, und es paßt gerade hierauf das Argument des Paulus: nec tanquam inter infestos jus prohibitae donationis tractandum, sed ut inter conjunctos maximo affectu (l. 28 §. 2 h. t.). — Noch zu bemerken iſt, daß „aedes“ der Frau, zu deren Herſtellung der Mann ihr gültig Zuwendungen macht (l. 14 h. t.), das Wohnhaus (welches ſie allein oder mit dem Ehemann bewohnt) iſt, nicht ein Miethhaus, aus welchem die Frau Miethzins zieht (insula), vergl. l. 13 §. 2. l. 18 h. t.

habe, dieſe Abſicht aber, ſowie die des Empfängers an ſich nicht dem Weſen der Ehe zuwiderlaufend iſt und deßwegen auch beſonders ausgeſprochen in einer mortis causa donatio von jeher rechtlich anerkannt wurde, ſo erſcheint eine, freilich nur durch die Aufſtellung eines neuen Rechtsſatzes mögliche, Zerlegung der Abſicht des ſchenkenden und empfangenden Ehegatten und eine demgemäße verſchiedene Beurtheilung des Geſchäftes ſelbſt als gerechtfertigt. Eine Zuwendung unter Ehegatten wird ſeit der oratio D. Severi nicht nur dann für wirkſam erklärt, wenn das Geſchäft überhaupt dem Weſen der ehelichen Gemeinſchaft nicht widerſpricht, ſondern (auch wenn das Geſchäft an ſich zwar einen derartigen Widerſpruch in ſich enthält, derſelbe aber nicht in allen ſeinen Wirkungen vorhanden iſt) — ſoweit das Geſchäft der ehelichen Gemeinſchaft nicht widerſpricht, d. h. als mortis causa donatio. Soweit ein ſolcher Widerſpruch jedoch vorhanden iſt, alſo z. B. ſoweit es ſich auf das Verbleiben des Vermögens bei dem geſchiedenen Ehegatten bezieht — veteri jure statur[70]).

Auf das wahre Weſen der behandelten römiſchen Rechtsſätze hat zuerſt Haſſe[71]) aufmerkſam gemacht, doch iſt dieſe Auffaſſung keineswegs allgemein angenommen worden. Die von Gans[72]) geltend gemachte Anſchauung, daß in der Unwirkſamkeit der Schenkungen zwiſchen Ehegatten die „Getrenntheit und Ungemeinſchaftlichkeit der römiſchen Ehe ihre höchſte Spitze habe, iſt am ſchlagendſten durch Puchta[73]) widerlegt worden[74]). Was aber die auf die in den Quel-

70) L. 32 §. 10 h. t.

71) a. a. O. S. VIII. 226.

72) Das römiſche Erbrecht. Bd. I. S. 25.

73) Vorleſungen. §. 425.

74) Wenn Gans a. a. O. Bd. II. S. 295 Note in ſeiner Polemik gegen Haſſe (welcher den wahren Grund der Unwirkſamkeit

len [75]) angeführten Motive ſich ſtützende Auffaſſung der beſprochenen Sätze betrifft, welche dieſelben aus der Utilitätsrückſicht hervorgehen läßt, daß zu befürchten ſei, die Ehegatten möchten ſich aus gegenſeitiger Liebe ausplündern laſſen ꝛc., ſo ſpricht dagegen ſchon die Entſtehung der Sätze. Nicht ein weiſer Geſetzgeber hat in vormundſchaftlicher Sorge für das Wohl ſeiner Unterthanen, um Mißbrauch zu verhüten, den Ehegatten die an ſich unbeſtrittene Fähigkeit entzogen, ſich gegenſeitig Zuwendungen zu machen, ſondern die Unwirkſamkeit beruht auf dem alten Recht, in welchem wol ſchwerlich irgend eine derartige, aus Utilitätsrückſichten ſo ſchwacher Art hervorgegangene ſinguläre Rechtsbildung anzutreffen ſein möchte. Die Gründe beweiſen aber auch zu viel, denn aus ihnen hätte die Unwirkſamkeit aller Zuwendungen der Ehegatten an einander hervorgehen müſſen. Oder iſt vielleicht we-

---

der betreffenden Schenkungen in einer vielleicht nicht ganz glücklichen Wendung vertheidigt) die Frage aufwirft, „ob bei ſelbſt angenommenem getrennten Gute die Erleichterung des Uebergangs oder die Erſchwerung deſſelben *mehr* die Trennung der Güter auf eine „„*empörende* Weiſe hervordränge,““ und ob man etwa von einer Erſchwerung des Uebergangs ſagen dürfe, ſie ſei deßwegen eingeführt, damit ſich die Trennung der Güter nicht hervordränge, die eben in dieſer Erſchwerung des Uebergangs ihre vollſtändigſte Hervordrängung hat" — ſo würde dieſer Einwand allerdings dann, aber auch nur dann ſtichhaltig ſein, wenn das römiſche Recht überhaupt *Zuwendungen* der Ehegatten an einander für unwirkſam erklärte oder erſchwerte.

75) Daß es *römiſche* Juriſten ſind, welche derartige Motive anführen, verleiht dieſen ſelbſt keinen größeren Werth, da es ſich ja um eine Bildung des alten Rechts handelt, deſſen Verſtändniß den ſpäteren Römern oft ferner lag als uns. Machen wir uns doch auch nicht im Geringſten ein Gewiſſen daraus, an die Stelle in der ſpäteren Zeit üblicher Auffaſſungen der alten römiſchen Geſchichte oft ganz entgegengeſetzte neu gewonnene zu ſetzen. Vergl. *Gans* a. a. O. B. I. S. 28 N.: „für das, was es (das römiſche Volk) nicht in Begriffe faſſen konnte, ſieht es ſich nach pſychologiſchen Gründen um, die eben deßwegen ſehr trivial erſcheinen müſſen."

niger zu beſorgen, daß eine Ehefrau dem Ehemann aus ihrem Sondervermögen eine Dos beſtellt oder über die beſtellte für ſie ungünſtige Verträge abſchließt, daß der Ehemann der verſchwenderiſchen Ehefrau Geld über Geld zur Toilette und zu Luxusausgaben gibt, als daß ſie ſich unter den Begriff von unwirkſamen Schenkungen fallende Zuwendungen machen? Die Gründe würden aber auch nicht einmal auf Ehegatten allein paſſen. Iſt die Zärtlichkeit von Brautleuten geringer, als die der Ehegatten, erfordert die honestas ihrer Liebe weniger ſchonende Fürſorge, können durch Geſchenke unter denſelben, um mit Sextus Cäcilius zu ſprechen, die matrimonia nicht von Anfang an als venalicia erſcheinen? Waren ferner in Rom die Concubinen ſo unintereſſirt, daß ſie von ihren Geliebten keine übermäßigen Geſchenke annahmen und dieſelben nie ruinirten?

Wenn in dem Vorhergehenden nachgewieſen ſein dürfte, daß das römiſche eheliche Güterrecht ſich keineswegs ohne Berückſichtigung des ſpecifiſchen Charakters der Ehe ausgebildet hat, ſondern überall von demſelben influirt iſt, ſo wäre damit ſchon die Behauptung Schmidt's von der principiellen Verſchiedenheit deſſelben von dem germaniſchen ehelichen Güterrechte, welche ja gerade in dieſer Nichtberückſichtigung des ſittlichen Weſens der Ehe liegen ſoll, widerlegt. Es dürfte aber, abgeſehen hiervon, noch zu unterſuchen ſein, ob eine anderweite principielle Verſchiedenheit zwiſchen beiden Rechten nicht dennoch obwalte. Stellt man das juſtinianiſche Dotalrecht neben die univerſelle Gütergemeinſchaft mancher Stadtrechte, ſo kann man allerdings ſchwerlich größere Gegenſätze finden. Mit dieſer Vergleichung iſt freilich noch gar nichts gewonnen, denn ſtellt man z. B. das Dotalrecht der Pan-

decten, das Güterrecht des Sachſenſpiegels und die univerſelle Gütergemeinſchaft neben einander, ſo iſt die Verſchiedenheit der beiden germaniſchen Rechtsbildungen viel größer als die zwiſchen Pandecten und Sachſenſpiegel vorhandene.

Die Verſchiedenheit des Ganges, welchen die Rechtsbildung in Betreff der ehelichen Güterverhältniſſe bei den Römern und bei den Germanen nahm und welche bei urſprünglicher Uebereinſtimmung ſpäter eine ſo große Verſchiedenheit hervorbrachte, war dadurch bedingt, daß bei den Römern, nicht aber bei den Germanen, im Laufe der Zeit die Stellung der Ehefrau zum Ehemann ſich weſentlich veränderte. Die urſprüngliche Anſchauung, daß die Frau in der Familie des Manns ganz aufging, dem Mann als Familienglied für ihr ganzes Leben untergeordnet war, ging allmälig in eine Emancipation der Frau, wie wir heut zu Tage ſagen, über. Die Frau betrachtete ſich als dem Mann gleichberechtigt, ſie ging ein näheres Verhältniß mit ihm ein für ſo lange es ihr beliebte, ohne dadurch ihre Selbſtſtändigkeit aufzugeben. Der Grundſatz, wem ich meinen Leib gönne, dem gönne ich auch mein Gut, erſchien bei dieſer Auffaſſung natürlich nicht mehr gerechtfertigt. Nur ein Beitrag zu den Laſten der Ehe von Seiten der Frau ſchien angemeſſen. Dieſen gab ſie entweder von den Revenüen ihres ſelbſtverwalteten Vermögens oder, wenn ſie dem Ehemann ein Vermögensganzes übertrug, damit er den Ertrag für die Ehe verwenden ſolle, ſo erſchien doch das Vermögen ſelbſt nicht als zugewandt, ſondern lediglich der Genuß deſſelben, ſo daß alſo Rückfall deſſelben in das Vermögen der Frau bei jeder Art der Auflöſung der Ehe und Sicherſtellung für die Rückzahlung ſich als gerechtfertigt darſtellten. Dieſer Auffaſſung gab das Recht mehr und mehr nach, bis das Eherecht endlich in der juſtinianiſchen Legislation ſeine Spitze erreichte. Schon in dem Pandecten-

recht finden wir Spuren der Einwirkung dieſer Auffaſſung, weiter zurück dürften ſich aber ſchwerlich ſolche finden laſſen, wie ja das Dotalrecht der Pandecten ſelbſt ſeinem Weſen nach noch völlig der alten Anſchauung entſpricht. Die freie Ehe gewährte die Möglichkeit der ſpäteren Accommodation des Rechts an die herrſchende Auffaſſung, es würde aber irrig ſein, die Entſtehung dieſer Eheform ſelbſt aus derſelben ableiten zu wollen.

Ich habe oben (S. 220) den Grund der Entſtehung der freien Ehe dahin geſtellt ſein laſſen, und es wird wol ſchwerlich mit einiger Sicherheit[76]) ein ſolcher aufzuſtellen ſein. Von der Richtigkeit des in neuſter Zeit von Ihering[77]) aufgeſtellten Grundes, des Wunſches der Agnaten, ſich die Erbſchaft der Frau nicht entgehen zu laſſen, kann ich mich deßwegen nicht überzeugen, weil es mir gegen den Gang der römiſchen Rechtsbildung zu ſein ſcheint, daß ein Inſtitut, wie die Ehe, von Anfang an durch Privatwillkür in ſo tief eingreifender Weiſe habe modificirt werden können. Die freie Ehe kann ſicherlich nur dadurch entſtanden ſein, daß irgend ein von dem Willen der Perſonen unabhängiges Hinderniß dem Eintritt der Frau in die Familie des Manns entgegenſtand; welcher Art daſſelbe geweſen, wage ich nicht zu beſtimmen. Nachdem nun aber einmal die Möglichkeit einer Ehe ohne die Wirkung des Eintritts der Frau in die Familie des Manns gegeben und eine ſolche Ehe auch vom Recht anerkannt war, mag man dieſelbe auch in ſolchen Fällen gewählt haben, in welchen das Hinderniß nicht vorhanden war, und hier mag namentlich agnatiſche Sorge für Erhaltung des Fa-

76) Vergl. die tabellariſche Zuſammenſtellung der verſchiedenen Erklärungsverſuche bei A. Roßbach, Unterſuchungen über die römiſche Ehe, S. 165.

77) Geiſt des römiſchen Rechts. Bd. II. S. 195. 199.

milienvermögens häufig Veranlaſſung zur Eingehung dieſer Ehe geworden ſein.

Auch bei den Germanen finden wir Ehen mit ähnlicher Beſchränkung. Namentlich war wol Stammesungleichheit und Verſchiedenheit des Grades der Freiheit der Ehegatten das den völligen Eintritt in die Familie des Manns verhindernde Moment. Noch im Sachſenſpiegel hat die unebenbürtige Ehefrau eine ähnliche Stellung wie die uxor non in manu den Agnaten des Manns, ſogar ihren eigenen Kindern gegenüber. Weder tritt ſie als Wittwe in die Vormundſchaft derſelben, noch iſt zwiſchen ihnen ein Erbrecht vorhanden.

Die Römer ſchloſſen, wie bemerkt, die Fortbildung des ehelichen Güterrechts an die freie Ehe an und fanden deßwegen nicht Veranlaſſung, das Güterrecht der Ehe mit manus weiter auszubilden, daſſelbe konnte deßwegen ſo formulirt werden, daß das Recht der Ehefrau an ihrem urſprünglichen oder während der Ehe erworbenen Vermögen völlig unterging und ſie nach reinem Familienrecht (filiae loco) an dem Geſammtvermögen participirte. Die Ehe mit manus verſchwand aber auch mit der Zeit gänzlich, da das Recht derſelben der ſpäteren Anſicht von der freieren ſelbſtſtändigeren Stellung der Ehefrau nicht mehr entſprach.

Bei den Germanen wurde jedoch die Ehe mit beſchränkten Wirkungen nicht in der Art beliebt, daß man dieſelbe auch da wählte, wo ein Hinderniß nicht vorlag. Die Ehefrau trat regelmäßig in die Familie des Manns ein, ihre Kinder wurden ihre Erben und auf dieſe und die anderen Agnaten des Manns ging nach dem Tode des letzteren die Vormundſchaft über ſie über. Schon in verhältnißmäßig früher Zeit findet ſich hier aber auch nicht mehr ein totales Aufgehen ihrer Rechte an dem von ihr in die Ehe gebrachten, reſp. während der Ehe von ihrer väterlichen Familie erworbenen

Vermögen in den Rechten des Manns anerkannt, ſondern die Wirkungen der Ehe auf dieſelben ſind in ähnlicher Art, wie in dem früheren römiſchen Dotalrecht feſtgeſtellt[78]).

Die Mangelhaftigkeit unſerer Quellen und die Ungenauigkeit ihres Ausdrucks, welche es oft zweifelhaft macht, ob die Abweichung der Beſtimmungen der einen Quelle von denen der anderen eine wirkliche oder eine nur ſcheinbare iſt, machen es ſchwierig, ja faſt unmöglich, ſelbſt für die älteren Zeiten ein gemeines germaniſches eheliches Güterrecht darzuſtellen. Soviel nur möchte als wol ziemlich allgemein vorkommend aufzuſtellen ſein: Der Mann hat das Vermögen der Frau in Händen, er verwaltet daſſelbe und vertritt es vor Gericht; die Frau hat während der Ehe kein Recht an demſelben, kann weder davon veräußern, noch es durch Schulden mindern; der Ehemann kann das von der Frau herſtammende Gut gültig veräußern und iſt nur inſoweit beſchränkt, als Rechte Dritter in Betracht kommen, alſo bei unbeerbter Ehe das mehr oder weniger prägnant hervortretende ſ. g. Wartrecht der Agnaten der Frau[79]). Nach Trennung der Ehe war jedoch der Ehemann, reſp. deſſen Erben verpflichtet, das ge-

78) Das eheliche Güterrecht, welches uns als älteſtes bekannt iſt, gehört ſchon einer weit vorgeſchrittenen Zeit an. In urſprünglichen Zuſtänden geſtalten ſich die Verhältniſſe ganz anders. Die Frau erſcheint vermögenslos, ſie wird von dem Ehemann ihrer Familie wirklich abgekauft; durch einen Beitrag zu dem ehelichen Vermögen wäre der Kauf wenigſtens theilweiſe illuſoriſch geworden (ſ. Grimm, Rechtsalterthümer, S. 429). Seitdem die eigentliche Natur des Kaufs mehr und mehr zurücktrat, der Kaufpreis der Ehefrau ſelbſt zugewieſen zu werden pflegte und endlich rein ſymboliſcher Natur wurde, konnte eine von dem Schmuck der Frau verſchiedene Mitgabe mit dem Zweck, dem ehelichen Vermögen einverleibt zu werden, vorkommen.

79) Ob auch die Frau in die Veräußerung conſentiren mußte, iſt zweifelhaft.

ſammte, von der Frau ſtammende Gut herauszugeben [80]). Ueberall gilt dieß für die Immobilien, jedoch ſuccedirten in dieſelben die vorhandenen Kinder; nach dem Sachſenſpiegel erwarb der Mann bei dem Tode der Frau das von ihr herſtammende, nicht in Gerade beſtehende Mobiliarvermögen.

Ein Römer würde nicht angeſtanden haben, aus dieſen Sätzen abzuleiten, daß dem deutſchen Ehemann daſſelbe Recht an dem Frauengut zugeſtanden habe, wie dem römiſchen an der Dos, alſo namentlich Eigenthum an den Sachen. Daß die deutſchen Quellen das Recht nicht ſo bezeichnen, iſt an ſich völlig gleichgültig, jedenfalls ſchreiben ſie dem Mann ein Recht, und zwar ein ſelbſtſtändiges Recht zu [81]). Durch die Bezeichnung dieſes Rechts als Vormundſchaftsgewere iſt die Erklärung des Rechts ſelbſt nicht gefördert [82]). Abgeſehen von der oben (S. 269, vergl. auch S. 220 N. 6) erklärten Verſchiedenheit hinſichtlich des Objects der Rechte des Manns —

80) Die Quellen laſſen nicht mit Beſtimmtheit erkennen, wie weit dieſe Verpflichtung zum Erſatz für das Veräußerte überall anerkannt war. Vergl. die umfaſſenden Unterſuchungen bei Kraut, Vormundſchaft, Bd. II. §. 90—95. Da, wo die Frau an der Errungenſchaft participirte, exiſtirte die Erſatzpflicht natürlich nicht; daſſelbe muß auch da angenommen werden, wo das Inſtitut der Gerade vorkömmt. Der im Schwabenſpiegel vorkommenden Berückſichtigung der ächten Noth entſpricht materiell das beneficium competentiae des Dotalrechts. Auf die Conſtruction des Rechts an dem Frauengut hat die größere oder geringere Erſatzpflicht keinen Einfluß.

81) Wenn Neuere behaupten, daß durch die innige Vereinigung des Vermögens der Ehegatten und das Verfügungsrecht des Manns das Eigenthum der Frau unberührt bleibe, ſo iſt dieſe Auffaſſung eben ſo unrichtig, als Tigerſtröm's Conſtruction des Rechts an der Dos.

82) Wie wenig gerade dem römiſchen Recht gegenüber mit der Formulirung des Rechts des Manns als Vormundſchaft, mundium, gewonnen iſt, ergibt ſich aus der Identität von mundium und manus (ſ. o. S. 203). Das Verſehen, welches ſich hierbei Schmidt (S. 204 N. 8) hat zu Schulden kommen laſſen, iſt ſchon von Ihering a. a. O. II. N. 223 gerügt worden.

dort die speciell übertragenen, ursprünglich aber ebenfalls regelmäßig das ganze Vermögen ausmachenden (S. 221 f.) Rechtsobjecte, hier das gesammte Vermögen der Frau — findet sich also ein wesentlicher Unterschied zwischen den Rechten des Manns an dem Frauengut nach deutschem altem Recht und nach römischem älterem Dotalrecht nicht vor.

Die rechtliche Anerkennung einer Theilnahme der Ehefrau an der s. g. Errungenschaft kann nicht zur Begründung eines principiellen Unterschieds angeführt werden, da dieselbe keineswegs allgemein vorkömmt und somit auch eine principielle Verschiedenheit zwischen den Rechten der einzelnen deutschen Stämme daraus sich ergeben würde. Wird ja selbst nicht nur bei dem einen Theile des sächsischen Volksstamms der Frau ein Theil der Errungenschaft gewährt, bei dem anderen versagt, sondern findet sich dieselbe Verschiedenheit sogar bei den einzelnen Theilen des viel kleineren friesischen Stamms vor.

Man legt Gewicht darauf, daß nach deutschem Recht, „auch für den Fall des Todes des Ehemanns, für eine standesmäßige Versorgung der Ehefrau gesorgt worden sei“ [83]). Für das ältere Recht muß es heißen, daß gewisse Formen vorhanden waren, unter welchen für die überlebende Wittwe gesorgt werden konnte. Diese Aufstellung gewisser Formen war aber nothwendig, so lange das deutsche Recht auf der niedrigen Stufe der Entwickelung stand, auf welcher es eine Zuwendung ohne thatsächliche Uebertragung nicht kannte. Die thatsächliche Uebertragung an die Frau war aber durch den positiven Charakter des Rechts des Manns am Frauengut verhindert. Die Gültigkeit einer Zuwendung von Sachen von Seiten des Manns an die Frau mußte daher durch einen

83) Schmidt, S. 202.

beſonderen Rechtsſatz anerkannt werden[84]). Der Rechtsſatz geſtaltete ſich nun ſo, daß Zuwendungen, der Sitte gemäß nach der Brautnacht gemacht (Morgengabe), wirkſam ſein ſollten nach Auflöſung der Ehe[85]). Von ſolchen lediglich freiwilligen Uebertragungen unterſcheidet ſich urſprünglich diejenige Zuwendung, welche anfänglich nicht die Frau, ſondern der Vater oder Agnat derſelben erhielt — der Kaufpreis für die Frau, welcher ſchon früh, wenigſtens theilweis, der Frau ſelbſt überlaſſen zu werden pflegte und dann gewöhnlich dos genannt wurde. Die Dos wurde meiſtens gar nicht ausbezahlt, ſondern nur ihrer Größe nach feſtgeſtellt und fiel erſt nach dem Tode des Manns an die Frau. So lange ſich die Anſicht von der urſprünglichen Natur dieſer Zuwendung erhielt, findet ſich ſelbſt an einigen Orten eine Summe beſtimmt, welche die Wittwe, der eine Dos nicht ſpeciell ausgeſetzt war, aus der Hinterlaſſenſchaft des Manns nehmen ſollte. Als jedoch die Dos die urſprüngliche Bedeutung gänzlich verloren hatte, erſchien dieſelbe als lediglich freiwillige bei Eingehung der Ehe zwiſchen Mann und Frau, reſp. deren Verwandten, feſtgeſetzte Zuwendung. Die Rechte der Frau an der nach dem Tode des Manns erhaltenen Dos ſind ſehr verſchieden beſtimmt: Nutznießung oder Eigenthum an der ganzen Subſtanz oder einem Theil derſelben, für alle Fälle oder nur unter beſtimmten Vorausſetzungen. Mitunter wird auch für die Dos der Ausdruck Morgengabe gebraucht. Im ſpäteren Recht kömmt die Dos regelmäßig als Leibzucht vor und nach dem Sachſenſpiegel beſteht die Morgengabe gewöhnlich in ſolchen Sachen, welche zur Nutzbarmachung des Leibzuchtsgutes die-

84) Wo und ſoweit letztwillige Dispoſitionen Eingang fanden, waren ſie auch zu Gunſten der Frau möglich.

85) Vielfach finden ſich jedoch hier Beſchränkungen auch hinſichtlich der Größe dieſer Gabe und der Natur der Objecte derſelben.

nen. — Beide Arten von Zuwendungen ſind in der Sitte begründet, müſſen jedoch, da ſie lediglich als freiwillige Zuwendungen erſcheinen, ſpeciell feſtgeſetzt werden. Einen Rechtsſatz, welcher der Wittwe eine Verſorgung aus dem Vermögen des verſtorbenen Ehemanns gewährte, kennt das alte Recht nicht. Die Römer brauchten beſondere Formen für die Verſorgung der Wittwe nicht, da ſie durch mortis causa donationes, Erbeinſetzungen, Legate von Sachen und Uſusfructus [86]) völlig rechtswirkſam ſorgen konnten. — Die Frau konnte dem Mann Zuwendungen in keiner Art machen, denn ſie hatte kein übertragbares Vermögen in Händen, der Mann hatte daſſelbe ſchon in beſtimmter feſter Weiſe für die Zeit des Lebens beider. Nach dem Tode der Frau hatte er es deren Erben herauszugeben; Zuwendungen der Frau für den Fall ihres Todes wären daher, da ſie ja ſelbſt für dieſen Fall nicht einmal ein Klagrecht hatte, recht eigentlich als Zuwendungen, welche ihren Anfang in der Perſon ihrer Erben nehmen, geweſen, und für dieſe zu verfügen hatte die Eheſrau die Fähigkeit nicht. Durch Zuſtimmung der Erben, welche die Rückforderung des Frauenguts von ihrer Seite ausſchloß, konnte allerdings eine ſolche Zuwendung wirkſam werden. Vor der Eingehung der Ehe konnte die Frau ebenfalls dem Mann ihr Vermögen definitiv übertragen, und ihre Erben konnten dann nur nach ihrem Tode dieſe Uebertragung inſofern und inſoweit anfechten, als ſie eine Alienation überhaupt anfechten konnten.

---

86) Die Vermuthung von Elvers (die römiſche Servitutenlehre Hft. I. S. 17), daß die erſte Veranlaſſung der Entſtehung des Uſusfructus in dem Beſtreben, dem überlebenden Ehegatten eine angemeſſene Zuwendung zu machen, zu ſuchen ſei, hat viel innere Wahrſcheinlichkeit für ſich.

Schon in dem bisher behandelten älteren ehelichen Güterrecht trat ein großer Particularismus der Rechtsbildung hervor; dieſe Einzelbildungen nahmen aber im Verlaufe der Zeit in einem ſolchen Maße überhand, wie ſie ſich in keinem anderen Rechtstheile vorfinden. Der hauptſächliche Grund hierfür war ein rein äußerlicher, die andere Stellung, welche die Mobilie im Leben einnahm. So lange die Ehefrau dem Ehemann meiſtens nur Mobilien, und zwar häufig nur ſolche mitbrachte, welche im Haushalt gebraucht wurden, die Mobilie überhaupt aber faſt nur als Gebrauchsgegenſtand Bedeutung hatte, war die Auflöſung des in der Hand des Manns vereinigten Vermögens in ſeine urſprünglichen Beſtandtheile nach Trennung der Ehe nicht ſchwierig. Man gewährte der Ehefrau höchſtens ein Surrogat für die erfolgten Deteriorationen und Alienationen in der Theilnahme an der ſ. g. Errungenſchaft. Dieſe Surrogatsnatur tritt namentlich in der ſächſiſchen Frauengerade zu Tage[87]). Ebenſo erſchienen Verſorgungen der Wittwe dem regelmäßigen Verhältniß des Vermögens beider Ehegatten entſprechend und die Beſchaffung derſelben durch Leibzuchtsbeſtellung an beſtimmten Immobilien und Morgengabsbeſtellung durch Zuwendung gewiſſer Sachen war bei der Stätigkeit der Güterverhältniſſe zweckmäßig.

Mit dem zunehmenden Verkehr, namentlich in den Städten, wurde jedoch dieſe Stätigkeit vermindert. Die Sache hatte nun weniger ihrer beſonderen Eigenſchaften wegen als Gebrauchsobject Bedeutung, ſondern ward als Werthobject wichtig, welches durch Veräußerung zum fruchttragenden gemacht werden konnte — Capital, Betriebscapital. Dieß galt

87) Kraut a. a. O. Bd. II. S. 388. Davon jedoch, daß die Ehefrau ſchon während der Ehe Eigenthümerin der Gerade und der Errungenſchaft ſei, wie der angeführte Schriftſteller zu erweiſen ſucht, kann ich mich nicht überzeugen.

zunächſt von Mobilien, aber auch die Immobilien wurden berührt und gewannen neben ihrer beſonderen Bedeutung als fruchttragende Sachen im engeren Sinne noch die Bedeutung als abſtracte Capitalwerthe, wurden alſo auch mehr und mehr in den Kreis des veräußerlichen Vermögens gezogen. Zu gleicher Zeit und mit Beziehung auf dieſe Verkehrsverhältniſſe war die Beſchränkung der Töchter im Erbrecht, wo ſie vorhanden geweſen, aufgehoben worden, die Ausradung ſchloß das Erbrecht nicht mehr aus, die Frau als ſolche brachte daher nicht mehr der Regel nach weniger Vermögen in die Ehe als der Mann, noch brachte ſie lediglich gewiſſe Vermögensarten ein. Dieß Alles bewirkte einerſeits, daß eine Auflöſung des Geſammtvermögens in ſeine urſprünglichen Theile nach Trennung der Ehe ſchwierig, ja oft unthunlich ward. Wenn der Ehemann das geſammte zuſammengebrachte Vermögen in ſeinen Handel oder ſonſtigen Geſchäftsbetrieb ſteckte, war es ſpäter nicht mehr möglich, zu beſtimmen, was von dem bei der Trennung der Ehe vorhandenen Vermögen aus dem Eingebrachten der Frau angeſchafft war und als Surrogat deſſelben gelten konnte; während der Ehe konnte das zuſammengebrachte Vermögen total untergegangen und ſpäter neues erworben worden ſein, oder das Eingebrachte der Frau war vielleicht im Nothfall oder mit Bewilligung der Frau veräußert worden. Andererſeits konnte die Verſorgung der Ehefrau durch Leibzuchtsbeſtellung entweder nicht thunlich erſcheinen, wenn Immobilien nicht oder nicht in der gehörigen Größe vorhanden waren, oder ſie war unzweckmäßig, wo man die Veräußerlichkeit der Immobilien nicht beſchränken wollte (ſie als Kaufſchatz behandelte). Zur Morgengabsbeſtellung konnte es leicht an den geeigneten Sachen fehlen oder es unwahrſcheinlich ſein, daß dieſelben in dem Vermögen bei Trennung der Ehe vorhanden oder durch entſprechende Surrogate

erſetzt ſein würden. Eine einſeitige Verſorgung der Wittwe konnte aber auch überhaupt ungerechtfertigt erſcheinen, wo die Frau nicht mehr regelmäßig der ärmere Theil war, und es konnte entſprechender erachtet werden, auch dem überlebenden Ehemann einen Vortheil aus dem Vermögen der Frau zuzuwenden. Auch das Lucriren des geſammten Mobiliarvermögens der Ehefrau durch den Ehemann, wie daſſelbe mitunter bei dem Tode der erſteren vorkam, hatte durch die veränderte Stellung der Mobilien einen anderen Charakter gewonnen, und die beſondere Behandlung der Gerade mochte vielfach nicht mehr motivirt ſein.

Dieſe Rückſichten führten dahin, daß man an vielen Orten das eheliche Güterrecht abänderte, und zwar geſchah dieß in der mannichfachſten Weiſe. Allgemein kann man von dieſen Abänderungen nur ſo viel ſagen: Das in der Hand des Manns vereinigte Vermögen wurde nach Trennung der Ehe nicht mehr in ſeine urſprünglichen Beſtandtheile aufgelöſt, ſondern zerfiel in Quoten, ferner verlor ſich häufig die Verſorgung der Wittwe durch Morgengabe und Leibzucht, und an deren Stelle trat oft ein gegenſeitiges Erbrecht beider Ehegatten. Wie weit ſich die Unauflöslichkeit des Vermögens erſtreckte, unter welchen Umſtänden ſie eintrat, in welcher Art die Quoten feſtgeſtellt wurden, welche Rechte der Ueberlebende an dem ihm zugefallenen ganzen Vermögen oder an Theilen deſſelben erhielt, unter welchen verſchiedenen Vorausſetzungen dieſe verſchiedener Art waren — darin weichen die einzelnen Rechtskreiſe, in welchen die Umänderungen vorgenommen wurden, weit von einander ab, und wenn dieſe Abweichungen auch theilweiſe durch die Verſchiedenheit der auf die Umänderung Einfluß ausübenden Zuſtände gerechtfertigt und durch den früheren Particularismus der Rechtsbildung bedingt wurden, ſo liegt denſelben doch häufig unverkennbare Willkür zu

Grunde [88]). Von großem Einfluß hierauf war aber auch namentlich der Mangel einer juriſtiſchen Formulirung dieſer Rechte und das Irrige der ſpäter verſuchten Formulirung.

Statt nämlich ſich klar zu machen, daß das eheliche Güterrecht ſchon in ſeiner früheren Geſtalt [89]), namentlich aber in der jetzigen Modification nur dadurch ſeiner wahren Natur nach rechtlich erfaßt werden konnte, daß man ein Untergehen der Rechte der Frau an ihrem Gut in den Rechten des Manns annahm, dieſen alſo namentlich als Eigenthümer der eingebrachten Sachen auffaßte, ſtatt die Rechte des Manns während der Ehe als Conſequenzen dieſes Satzes und die Rechte der Frau, reſp. der Erben derſelben, nach aufgelöſter Ehe als Succeſſionsrechte zu conſtruiren — begnügte man ſich, die Rechte, ſoweit ſie feſtgeſtellt waren, einzeln neben einander zu ſtellen, im Uebrigen aber das Verhältniß lediglich ſeiner thatſächlichen Erſcheinung nach zu betrachten. Wenngleich hierin

88) Dieſe Willkür konnte deßwegen in den Rechtsſätzen ſich ausdrücken, weil dieſe ſich meiſt an den hauptſächlichen Inhalt der in dem engen Rechtskreis, in welchem ſich das Recht ausbildete, vorgenommenen und darum oft von zeitlichen und örtlichen Zufälligkeiten influirten Privatdispoſitionen anſchloß. Unter dieſen Privatdispoſitionen hat man ſich aber nicht nur, wie das gewöhnlich geſchieht, bei Eingehung der Ehe abgeſchloſſene Heirathsverträge zu denken, ſondern auch die Auseinanderſetzungen nach Trennung der Ehe, bei welchen man z. B. die Herausgabe, reſp. Annahme einer Quote des Geſammtvermögens einer genauen Unterſuchung über die Beſtandtheile des Frauenguts vorziehen mochte.

89) Eine genaue Formulirung des Rechts des Manns am Frauengut würde manche ſpäter nothwendig ſcheinende Modificationen unnütz gemacht haben, denn das iſt ja gerade der Vorzug einer ſolchen Formulirung, daß ſie den äußerlich verſchiedenſten Inhalt in ſich aufzunehmen fähig iſt. Jedenfalls aber wäre dadurch, auch wo eine Modification erforderlich war, dieſe leichter geworden, und namentlich wäre der Willkür der Privatdispoſitionen ein Zaum angelegt und die Entſtehung mancher Rechtsbildungen unmöglich geworden.

zunächſt nichts als der Mangel einer wiſſenſchaftlichen Thätigkeit erkannt und die Unterlaſſung einer ſolchen an ſich den rechtsbildenden Organen nicht zum Vorwurf gemacht werden kann, ſo war doch der practiſche Nachtheil, welcher hieraus hervorging, ein ſehr bedeutender.

Der Mangel eines höheren Geſichtspunctes führte nämlich gar leicht dazu, die einzelnen Sätze nicht mit ſtrenger Beziehung auf einander auszubilden, ſo daß gar manches Inconſequente in die Beſtimmungen einzelner Quellen kam, was bei Feſthaltung eines ſcharf erkannten Princips vermieden worden wäre. Ferner bewirkte aber die ſchon im allgemeinen Theile [90]) gerügte mangelhafte Abfaſſung der deutſchen Rechtsquellen, die nicht gehörige Scheidung des lediglich Thatſächlichen von den Rechtsſätzen, daß in vielen Statuten das eheliche Güterverhältniß oder einzelne Erſcheinungen deſſelben, ſo wie ſie im Leben vorkamen, ohne Unterſcheidung zwiſchen Thatſache und Recht dargeſtellt wurden. Wie das aber noch heut zu Tage in der Behandlung des deutſchen Rechts ſo häufig vorkömmt, ward man auch ſchon früher leicht veranlaßt, dem in den Rechtsquellen Verzeichneten als ſolchem auch einen rechtlichen Inhalt zuzuſchreiben und ohne weitere Unterſuchung Rechtsbegriffe da anzunehmen, wo lediglich von thatſächlichen Erſcheinungen geſprochen werden kann. Die Energieloſigkeit der juriſtiſchen Auffaſſung ließ nun dieſen ſ. g. Rechtsbegriffen denjenigen rechtlichen Inhalt unterlegen, welcher dem Ausdruck, unter welchem ſie ſich vorfanden, am meiſten entſprach, und aus dieſem Inhalt heraus conſtruirte man weiter Rechtsſätze. Auf dieſe Weiſe iſt unſere Jurisprudenz zu dem „Rechtsbegriff“ der ehelichen Gütergemeinſchaft gekommen, und dieſem Begriff verdanken nicht nur

90) §. 3 S. 20. 27. 28.

manche Particularrechte eine Anzahl von neuen Rechtsſätzen, durch welche ihr eheliches Güterrecht eine ſeiner urſprünglichen Anlage nicht entſprechende Fortbildung erhielt, ſondern derſelbe verhinderte auch die conſequente Ausbildung einer Doctrin der ehelichen Güterrechte. Man darf nur die verſchiedenen Verſuche, die eheliche Gütergemeinſchaft juriſtiſch zu conſtruiren, neben einander ſtellen, um mit der Erkenntniß des Ungenügenden eines jeden einzelnen Verſuchs alsbald zu der Ueberzeugung zu gelangen, daß das ganze Inſtitut, wie es uns vorliegt, ein gänzlich verſchobenes iſt.

Man hat die Romaniſten für die unförmliche Ausbildung der Gütergemeinſchaft verantwortlich gemacht und theilweis nicht mit Unrecht, da es römiſch gebildete Juriſten waren, welche den Güterverhältniſſen nicht nur eine falſche wiſſenſchaftliche Behandlung zu Theil werden ließen, ſondern durch welche Rechtsſätze geſchaffen wurden, deren geſetzliche Verkündigung dem Inſtitute eine falſche Richtung gaben. Ein Verkennen des wahren Verhältniſſes iſt ihnen daher jedenfalls Schuld zu geben. Aber ihr Fehler beſtand hierbei wenigſtens ſicherlich nicht darin, daß ſie römiſche Rechtsſätze auf Koſten der deutſchen einzuführen ſuchten, ſondern darin, daß ſie ſich der herrſchenden Auffaſſung zu ſehr accommodirten und nicht verſtanden, die richtigen römiſchen Analogieen herbeizuziehen.

Die eheliche Gütergemeinſchaft, wie ſie in ihrer vielfach inconſequenten Ausbildung uns vorliegt, findet ihr Gegenbild im römiſchen Recht nicht, und es iſt nicht zu verkennen, daß das römiſche Recht, auch wenn es, ſtatt ſeine Ausbildung des ehelichen Güterrechts an die freie Ehe anzuknüpfen, dazu gekommen wäre, das Güterrecht der Ehe mit Manus fortzubilden, ſchwerlich zu einer ähnlichen Rechtsbildung gelangt ſein würde. Trotzdem dürfen wir aber hieraus noch nicht auf eine principielle Verſchiedenheit des ehelichen Güterrechts des

ſpäteren deutſchen und des römiſchen Rechts ſchließen, denn die ſ. g. Gütergemeinſchaft hat ſich aus einem dem römiſchen Güterrecht ähnlichen Recht entwickelt; ferner aber hat ſich das deutſche Güterrecht keineswegs allgemein, ja nicht einmal in allen Städten als Gütergemeinſchaft ausgebildet, und ſelbſt ein gegenſeitiges Erbrecht der Ehegatten wurde nicht allgemein anerkannt; die Urſache hiervon liegt auch keineswegs überall darin, daß das römiſche Recht dieſer Ausbildung hindernd in den Weg getreten wäre, ſondern darin, daß die oben erwähnten, zu Modificationen des alten Rechts veranlaſſenden Rückſichten ſich entweder nicht geltend machten, oder denſelben in anderer Weiſe, z. B. durch Aeſtimation des Frauenguts, Rechnung getragen wurde. Wenn ſich nun aber neben der, ohnehin ſchon in ſehr verſchiedener Weiſe ausgebildeten ehelichen Gütergemeinſchaft andere eheliche Güterrechte in Deutſchland vorfinden, welche aus dem alten Güterrecht hervorgegangen ſind, ſo kann jene ſicherlich nicht Anſpruch darauf machen, als die dem Geiſt des deutſchen Rechts ſpecifiſch entſprechende rechtliche Erſcheinungsform der ehelichen Güterrechte zu gelten, und die von der ehelichen Gütergemeinſchaft ausgehende Annahme einer principiellen Verſchiedenheit zwiſchen dem römiſchen und deutſchen ehelichen Güterrecht müßte, wie ſchon oben in Betreff der particulären Sätze des alten Rechts über Errungenſchaft bemerkt wurde (S. 272), nothwendig zu der Annahme einer gleichen Verſchiedenheit zwiſchen den einzelnen deutſchen Particularrechten führen.

§. 22.

Die Familie im weiteren Sinn, die Vormundſchaft, die Sclaverei.

Nachdem der Verf. in dem die Ueberſchrift: „Einzelne Inſtitute des Familienrechts“ führenden §. 21 unter

Nr. I. und II. die väterliche Gewalt in die Ehe abgehandelt hat, welche ich in besonderen Paragraphen zu behandeln vorgezogen habe, handelt er unter Nr. III. von der verschiedenen Auffassung der Familie im weiteren Sinn, und schließt daran unter Nr. IV. und V. eine Betrachtung der Vormundschaft und der Sclaverei. Zur Beurtheilung dessen, was über diese „Institute des Familienrechts" bemerkt ist, werden wenige Bemerkungen hinreichend sein.

I) Das germanische Recht soll nach dem Verf. die durch die Blutsverwandtschaft auch unter den entfernteren Familienmitgliedern begründeten besonderen Verpflichtungen, sich einander in allen rechten und sittlichen Dingen beizustehen, zu Rechtspflichten erhoben haben. Daher die Pflicht, gegen Gewalt und Unrecht einander beizustehen, das Wergeld des Erschlagenen zu fordern und zum schuldigen beizusteuern, den Verarmten zu unterstützen und zu ernähren, welche auch auf die Gemeinden eventuell übergehe, daher die Beschränkung der Dispositionsbefugniß über das Vermögen, für welche unter anderen auch der Grund angeführt wird, daß man sich durch leichtsinnige Veräußerung außer Stand setze, den Verwandten zu helfen und also gegen dieselben ein sittliches Unrecht begehe.

Die Römer hätten zwar auch nicht die sittliche Zusammengehörigkeit der einzelnen Familienglieder geläugnet, eine Rechtspflicht zwischen ihnen habe aber nicht existirt. Die rechtlichen Beziehungen der Verwandten zu einander hätten sich auf die Intestaterbfolge und die Tutel reducirt. Im ältesten Recht habe die Familie allerdings eine andere Bedeutung gehabt. Der Ursprung der Gentilverfassung gehöre aber dem patricischen Recht an, das quiritanische Recht habe auflösend gewirkt und später sei die rechtliche Bedeutung der Familie, namentlich für das Privatrecht, ganz verschwunden. —

Sollte es wirklich gerechtfertigt ſein, die römiſche gens zu ignoriren, ſich aber auf das germaniſche „Syſtem der Blutrache“ und auf die Ehrenechruba zu berufen? Bei den Germanen, wie bei den Römern bildete die weitere Familie, das Geſchlecht, urſprünglich einen engeren Schutzverband. Hier, wie dort verlor ſich die Bedeutung deſſelben faſt gänzlich. Hier, wie dort äußerte ſich die weitere Verwandtſchaft in der ſpäteren Zeit direct nur in der Inteſtaterbfolge und der Vormundſchaft. Eine Alimentationspflicht der Seitenverwandten kennt das deutſche Recht eben ſo wenig als das römiſche. Wenn der Verf. ſich auf das nordiſche Recht beruft, ſo iſt es allerdings richtig, daß die Graugans eine Alimentationspflicht auch der Geſchwiſter aufſtellt und ſich in Island ein ausgebildetes Armenrecht entwickelt hat. Aber was beweiſt dieß für das deutſche Recht? In der Abhandlung Michelſen's[1]), aus welcher der vom Verf. citirte Wilda ſchöpft, hätte der Verf. ausdrücklich angeführt finden können, wie der Norden das Armenweſen in ſelbſtſtändiger Weiſe und im Gegenſatz zu dem übrigen Europa ausbildete, dieſes aber ſonſt überall der Kirche zufiel. Ueber die Beſchränkung der Dispoſitionsbefugniß über das Vermögen wird unten geſprochen werden (§. 25).

Daß übrigens das römiſche Recht die natürliche und ſittliche Stellung der Verwandten zu einander anerkennt, zeigt ſich in den Eheverboten, in der Trauerpflicht, in dem Vorzugsrecht bei der bonorum emtio, in der Modification der Schenkungsverbote und Erſchwerungen zu ihren Gunſten, in der Anerkennung der Befugniß des Vormunds, aus dem Vermögen des Mündels deſſen Verwandten zu unterſtützen. Gerade dieſe letztere Beſtimmung iſt von Bedeutung und läßt

1) Ueber altnordiſches Armenrecht, in Falck's Eranien, Lief. II. S. 117.

ſich nicht, wie dieß der Verf. thut, behandeln. Nicht iſt dadurch die ſelbſtverſtändliche Befugniß anerkannt, die Verwandten zu unterſtützen, ſondern eine Liberalität des Vormunds, welche im allgemeinen ungerechtfertigt iſt, wird, wenn ſie zu Gunſten von Verwandten des Mündels vorgenommen iſt, für wirkſam und für von letzterem unanfechtbar erklärt, gibt ja ſogar Ulpian in Uebereinſtimmung mit Julian [2]) dem Mündel eine Klage gegen den Vormund, si tale officium praetermiserit.

Zum Schluß kömmt der Verf. noch ſpeciell auf das Verhältniß der Aſcendenten und Deſcendenten zu einander zu ſprechen. Die vollkommene Pflichtloſigkeit der Verwandten gegen einander, behauptet er, gelte im römiſchen Recht principmäßig natürlich auch unter den allernächſten Verwandten, alſo auch zwiſchen Aſcendenten und Deſcendenten, hier aber werde die conſequente Durchführung practiſch unmöglich und deßwegen finde man zwar das Princip anerkannt, zugleich aber ein ſinguläres polizeiliches Einſchreiten, wie z. B. in dem Anhalten der Aſcendenten und Deſcendenten zur gegenſeitigen Alimentation [3]). Wenn der Verf. gegen die Alimentationsverbindlichkeit des Vaters die Unvereinbarkeit derſelben mit dem Recht, die Kinder zu tödten, anführt, ſo zeigt ſich hierin zwar eine conſequente Durchführung der aufgeſtellten Anſicht von dem Weſen der patria potestas, daſſelbe Argument kann aber freilich auch umgekehrt und in Verbindung mit der unbeſtreitbaren Thatſache, daß die Römer dieſe Alimentationspflicht anerkannt haben, eben gegen dieſe Anſicht gebraucht werden. Die Argumentation bezieht ſich aber auch nur auf den Vater gegenüber ſeinem filius familias, nicht aber auf die Verpflich-

2) L. 1 §. 2 de tutelae actione.
3) Schmidt S. 207.

tung der Mutter und des Vaters und Sohns nach der Emancipation. Wenn der Verf. von der practiſchen Undurchführbarkeit eines anerkannten Princips ſpricht, ſo gilt hierfür im Einzelnen das oben (S. 24) im Allgemeinen über den Widerſpruch zwiſchen Theorie und Praxis Bemerkte. Die Stellung der Aſcendenten und Deſcendenten zu einander, welche die gegenſeitige Alimentationsverpflichtung gebieteriſch verlangt, iſt nicht ein äußeres, bei der Aufſtellung des Princips unerwogen gebliebenes Moment, ſondern die nothwendige Berückſichtigung derſelben konnte ſchlechterdings nicht die Bildung eines ſolchen Princips zulaſſen. — Als Beleg dafür, daß das Anhalten zur Alimentation „mehr den Charakter eines auf ähnlichem Grunde, wie das cenſoriſche Strafrecht beruhenden, polizeilichen Einſchreitens, als den der Realiſirung einer Rechtspflicht zu haben ſcheine," führt der Verf. an, daß die Hauptſtelle über dieſen Gegenſtand, l. 5 D. de agnoscendis et alendis liberis, aus einer Schrift Ulpian's, de officio Consulis, entnommen ſei. Von einer politiſchen Rückſicht findet ſich jedoch weder in dem angezogenen Pandecten-, noch in dem entſprechenden Codextitel eine Spur. In l. 8 §. 5 Cod. de bonis quae liberis heißt es ausdrücklich: filium — alere patri necesse est propter ipsam naturam et leges quae — imperaverunt; Papinian ſagt in l. 50 i. f. ad S. C. Trebell.: es ſei paternae reverentiae congruum; Ulpian ſpricht in der citirten Stelle von einem „debere," von judices, welche erkennen ſollten. Wenn aber ein debere vom Staat realiſirt wird, ſo kann es nichts anderes als ein „rechtlich verpflichtet ſein" bedeuten. An eine politiſche Rückſicht würde auch nur unter der Vorausſetzung gedacht werden können, daß dem Staat ſelbſt die Ernährung zufallen würde; eine ſolche Vorausſetzung wird aber der Verf. am wenigſten zugeſtehen können, da ſie dem behaupteten ſubjectiviſtiſchen

Princip direct widerſprechen würde. Das Einzige, was aus dem Titel des Ulpian'ſchen Werks und aus der Art und Weiſe, wie die Stelle ſelbſt die richterliche Thätigkeit darſtellt, entnommen werden kann, iſt, daß summatim erkannt wird und daß der angegangene Richter eine causae cognitio ex officio (ſ. auch l. 50 cit.) vorzunehmen hat.

Das obsequium, welches die Kinder den Aeltern ſchuldig ſind, iſt ebenfalls hier zu erwähnen, weil es rechtliche Wirkung erſt äußert nach Auflöſung der Familie. Der betreffende Pandectentitel zeigt auf's Evidenteſte, wie hier die Römer von dem Sittenſatz ausgegangen [4]) und, ſoweit derſelbe rechtlicher Folgen fähig war, dieſe rechtlich fixirten.

II) Ueber die Vormundſchaft faßt ſich der Verfaſſer ziemlich kurz. „Im germaniſchen Recht ſchließe ſich die Vormundſchaft ganz einfach und natürlich an die übrigen Inſtitute des Familienrechts an. Bei demjenigen, der mit dem Tode des Vaters den natürlichen Erzieher und Schützer verloren habe, müſſe ein Anderer Vaterſtelle vertreten und die Vormundſchaft füge ſich daher als Nachbildung der väterlichen Gewalt und als eine der vielen Anwendungen des allgemeinen Begriffs vom mundium ganz von ſelbſt in das Syſtem des Familienrechts ein. Das römiſche Recht dagegen biete weder in der väterlichen Gewalt, noch ſonſt irgendwo ein Vorbild, an welches ſich der Begriff der Tutel anlehnen könnte; im Zuſtande der natürlichen Freiheit gebe es weder eine Vormundſchaft, noch auch ein für dieſe als Vorbild zu behandelndes Rechtsverhältniß. Daher müſſe bei dem unabweisbaren Be-

4) In l. 9 de obsequiis parentibus praest. wird der Sittenſatz pure hingeſtellt: Liberto et filio semper honesta et sancta persona patris ac patroni videri debet.

dürfniſſe für dieſen Fall ein beſonderes ſinguläres Rechtsverhältniß geſchaffen werden. Die Natur der Sache fordere dieß einmal, und das hier in Betracht kommende Charakteriſtiſche der römiſchen Tutel ſei eben ihr eigenthümliches Verhältniß zu dem übrigen Familienverhältniß. Sie ſei für die römiſche Betrachtungsweiſe eben kein natürliches, ſondern nur ein durch poſitive Satzung zur Abhülfe eines dringenden Bedürfniſſes geſchaffenes Inſtitut. Daher ſei auch ihre analoge Anwendung auf ähnliche Verhältniſſe ausgeſchloſſen und für dieſe habe in der cura ein beſonderes Verhältniß geſchaffen werden müſſen."

Die Uebereinſtimmung des römiſchen und deutſchen Rechts hinſichtlich der Vormundſchaft iſt evident. Sie iſt der rechtliche Ausdruck für die Stellung der weiteren Familie zu dem ſeines Geſchlechts, ſeines Alters, ſeiner körperlichen oder geiſtigen Mängel wegen ſich ſelbſt nicht vorzuſtehen Vermögenden und durch den Vater oder Ehemann nicht Vertretenen[5]). Da ſowol in Rom als bei den Germanen, in den älteſten uns bekannten Zeiten die weitere Familie nicht mehr als die geſammte Perſönlichkeit umfaſſende Verbindung anerkannt wird, ſo erſcheint, wer dem Vater nicht unterworfen iſt, als ſelbſtſtändiges Rechtsſubject, und ſein Verhältniß zur weiteren Familie, reſp. zu einzelnen Gliedern derſelben, ſtellt ſich als reines Rechtsverhältniß dar. Ausgebildet wird daſſelbe zunächſt nach außen hin, d. h. für den Verkehr des Unmündigen mit Fremden, nach innen bildet es ſich erſt ſpäter aus, d. h. die Rechtsverhältniſſe zwiſchen dem Unmündigen und der Familie, reſp. einzelnen Gliedern derſelben in Betreff der Erziehung und Vermögensverwaltung werden erſt ſpäter fixirt. In Rom er-

5) Gegen die übliche weitere Begriffsfaſſung für das deutſche Recht ſ. o. S. 204.

ſcheint die Vormundſchaft zuerſt in der Form der tutela als eigentliches Rechtsinſtitut und im alten germaniſchen Recht iſt faſt nur dieſe Vertretung berückſichtigt. Dieſe Vertretung nach außen wird in beiden Rechten am früheſten einem beſtimmten Familienglied zugewieſen, während Betreffs der inneren Verhältniſſe eine derartige Beſchränkung auf Einen entweder noch gar nicht vorkömmt, oder mit dieſem doch oft Andere concurriren und ihn controliren. Der Unterſchied, welcher zwiſchen der Vertretung des Mündels durch den römiſchen Tutor und den deutſchen Vormund beſteht, iſt lediglich formeller Natur, materiell hat die auctoritatis interpositio dieſelbe Bedeutung, wie die ſelbſtſtändige Vertretung des deutſchen Vormunds. Auch darin geht das römiſche Recht mit dem germaniſchen einen gleichen Gang, daß auch, wenn die Mündigkeit eingetreten war, doch noch eine paſſive Vertretungsfähigkeit für eine beſtimmte Zeit anerkannt wurde. — Eine gleiche Entwickelung nahmen beide Rechte ebenfalls in der Vormundſchaft über Frauen. Nur nach außen hin wird dieſelbe ausgebildet und geht in einen reinen Formalismus über [6]). — Die ſpäte Entwickelung der teſtamentariſchen Tutel in Deutſchland erklärt ſich aus der ſpäten Anerkennung letztwilliger Dispoſitionen überhaupt. — Das Einſchreiten des Staats bei Beſtellung der Vormünder, die Autoriſation des Vormunds zu manchen Functionen, veranlaßt durch die Verwandten des Bevormundeten, oder wenn ſolche nicht vorhanden ſind, an der Stelle derſelben durch den Staat vorgenommen, findet ſich in beiden Rechten in ähnlicher Weiſe vor.

III) Sclaverei. Es iſt ein zu bekannter und oft aufgeſtellter Satz, daß auch das alte deutſche Recht einen Zuſtand

6) S. o. S. 203.

der gänzlichen Abhängigkeit anerkannt habe, als daß es hier eines besonderen Beweises desselben bedürfte. Der Sclave ist dem Herrn gegenüber in keiner Weise geschützt, dieser kann ihn züchtigen und tödten, ihn verkaufen und vindiciren, ihm den Abschluß einer Ehe untersagen und die abgeschlossene trennen, der Sclave kann keinerlei Rechtsgeschäfte abschließen und sich nirgends selbst vertreten. Diese Abhängigkeit zeigt sich in den Benennungen des Sclaven und in den Abzeichen, die er trägt [7]). Kurz, der Sclave ist zwar Mensch, aber nicht Person, und steht darum rechtlich der Sache gleich. Daß neben dieser totalen Abhängigkeit noch Stufen einer beschränkten Abhängigkeit bestehen, daß ferner auch dem total Abhängigen thatsächlich Vermögen gegeben wird und seine Leistungen geregelt werden, daß überhaupt die Sclaven menschlich behandelt zu werden pflegten, kümmert natürlich die rechtliche Betrachtung des Verhältnisses nicht im mindesten. Auch die Römer gaben bekanntlich ihren Sclaven Peculien und gestanden ihnen zu, sich Vermögen zu erwerben, und wie sehr die Sitte dieses Haben anerkannte, ergibt sich daraus, daß die Herren mit ihnen Geschäfte abschlossen, von ihnen Darlehen entnahmen, sich von ihnen Zahlungen für manche Bewilligungen machen ließen, das Peculium ihnen bei der Freilassung so regelmäßig ließen, daß dieß sogar rechtlich präsumirt wurde, daß sie ihnen selbst die Loskaufung vermittelst ihres Peculium gestatteten. Auch die Römer betrachteten, so lange die patriarchale Sitte fortbestand, die Sclaven gleichsam als Familienglieder (familiares), sie ließen sie an den religiösen Feierlichkeiten Theil nehmen, sie arbeiteten mit ihnen gemeinsam, „so daß ihre Lage sich von der freier Colonen und Hoftagelöhner wenig unterschieden haben mag [8]). Der Staat reali-

7) Grimm, Rechtsalterthümer. S. 301 f. 339 f.

8) Schmidt, S. 210, bemerkt dieß von den deutschen Hörigen

ſirte dieſe Zuſtände freilich nicht, er erkannte ſie aber an, ſoweit ſie nach außen hin wichtig wurden, alſo namentlich in Betreff der Peculiargeſchäfte. Findet ſich denn aber eine rechtliche Realiſirung der dem Sclaven „als Menſchen zuſtehenden Rechte“ bei den Germanen? Glaubt der Verf. aus den bekannten, von ihm angeführten Stellen bei Tacitus ableiten zu können, daß der Sclave den Herrn habe zwingen können, ihm, ſtatt ihn im Haus zu verwenden, ein Stück Landes anzuweiſen oder ihm den zugewieſenen Manſus zu belaſſen oder den auferlegten Zins nicht zu erhöhen? Soll vielleicht der Herr nur dann ſtraflos geweſen ſein, wenn er den Sclaven impetu et ira getödtet hatte, nicht aber wenn dieß disciplina et severitate geſchehen war?

Doch der Verf. will vielleicht gar nicht in Abrede ſtellen, daß eine wahre Sclaverei, ein „unbeſchränktes Dienſtverhältniß“ thatſächlich vorgekommen, und nur behaupten, daß daſſelbe von den Germanen für ſittlich nicht gerechtfertigt gehalten worden ſei. Der Verf. ſtellt nämlich römiſche und germaniſche Auffaſſung folgendermaßen einander gegenüber: „Zwar ſei auch vom römiſchen Standpunct aus eine ſittliche Rechtfertigung der Sclaverei unmöglich und die römiſchen Juriſten erkännten auch an, daß die Sclaverei jure gentium contra naturam eingeführt ſei; vermöge ſeiner natürlichen Freiheit aber habe der Menſch das Recht, Andere ſeiner Herrſchaft zu unterwerfen, und wie eine ſolche Unterwerfung auch ſittlich zu beurtheilen ſein möge, rechtlich ſei der Unterworfene der Sclave des Siegers und der Willensherrſchaft deſſelben abſolut unterworfen, er ſei eben ein mancipium, d. h. ein überwältigter Feind, mit dem der Sieger zu verfahren berechtigt ſei, wie ihm beliebe. Demgemäß werde

gen. S. u. S. 291. Ueber die Stellung der römiſchen Sclaven vergl. namentlich Ihering a. a. O. Bd. II. S. 173.

dann die Sclaverei von den Römern auch einfach als ein absolutes Herrſchaftsverhältniß conſtruirt und der Sclave rechtlich nicht als Menſch [9]), ſondern als Sache aufgefaßt."

Ueber die germaniſche Sclaverei ſpricht ſich der Verf. dagegen ſo aus: „Wenn wir uns auf den ſittlichen Standpunct derjenigen Zeiten ſtellen, in denen von den germaniſchen Völkern eine ſittliche Rechtfertigung der Sclaverei für möglich gehalten und angenommen wurde, daß ein ſiegreiches Volk berechtigt ſei, die Beſiegten zu ſeinen Knechten zu machen, ſo kann von einer ſolchen ſittlichen Rechtfertigung der Sclaverei oder Hörigkeit doch immer nur inſofern die Rede ſein, als darunter ein, wenn auch ſtrenges und unlösbares [10]), doch aber immer beſchränktes Dienſtverhältniß verſtanden wird, in Folge deſſen der Hörige zwar zu Dienſtleiſtungen verpflichtet iſt, daneben aber doch immer als Menſch betrachtet wird, und als ſolcher [11]) ſeinem Herrn gegenüber beſtimmte, von deſſen Willkür unabhängige Rechte hat. In dieſer, aber auch eben nur in dieſer Weiſe haben die Germanen die Hörigkeit für ſittlich erlaubt gehalten, und in dieſer Form eines beſchränkten Dienſtverhältniſſes erſcheint die Hörigkeit ſchon zur Taciteiſchen Zeit, und wie ſpäterhin das Rechtsverhältniß zum Herrn meiſtentheils durch Hofrechte und Dienſtrechte regulirt wird, ſo iſt auch der Umfang und

9) Das römiſche Recht ſpricht dem Sclaven nie die Qualität als Menſch ab, ſondern nur die als Perſon; iſt ja ſogar die Bezeichnung homo für den Sclaven faſt eine techniſche. Menſch und Sache ſind, rechtlich betrachtet, auch keineswegs Gegenſätze, einen rechtlichen Gegenſatz bilden Perſon und Sache.

10) Der Verf. will wol ſagen: von Seiten des Sclaven unlösbares.

11) Daß der Menſch als ſolcher Rechte habe, iſt dem altgermaniſchen Recht fremd, erſt durch die Kirche wird es mit dieſem Satze bekannt, ohne ihn aber überall zu dem ſeinigen zu machen.

die Art der Dienſtleiſtungen, zu denen die Hörigen verpflichtet ſind, größten Theils ſo billig beſtimmt, daß ſich ihre Lage von der freier Colonen und Hoftagelöhner wenig unterſcheidet."

Hält man hiermit die zum Schluß angeſtellte, ſchon oben [12]) erwähnte und beurtheilte „Vergleichung der Art und Weiſe, wie die römiſchen Juriſten einerſeits und die Rechtsbücher des Mittelalters andererſeits ſich über die Sclaverei ausſprechen," zuſammen, und berückſichtigt man namentlich die folgende Paraphraſe der betreffenden Stellen des Sachſenſpiegels und Weichbildsrechts [13]): „das heißt mit anderen Worten: weil das Recht in letzter Inſtanz aus dem göttlichen Willen entſpringt, folglich auch nur dasjenige Recht ſein kann, was dem göttlichen Willen entſpricht, und ein geſatzt Recht natürlich Recht nicht abthun kann [14]), ſo kann auch ein Rechtsverhältniß, das die Menſchen wider Gottes Willen durch widerrechtliche Gewalt geſchaffen haben, nicht rechtsbeſtändig ſein, und wird mit Unrecht für Recht ausgegeben" — ſo erſcheint die Vermuthung gerechtfertigt, daß der Verf. nicht das Vorkommen einer eigentlichen Sclaverei bei den Germanen in Abrede ſtellen will, ſondern dieſelbe vielmehr nur als That-

12) S. 37. 131.

13) Sachſenſp. III. 42. §. 6. Sächſ. Weichbildsrecht (Daniels) art. 3 §. 4.

14) Schmidt entnimmt S. 71. 72 dieß Argument der Gloſſe des Sachſenſpiegels. Hätte er die Gloſſe zu der hier beſprochenen Stelle verglichen, ſo hätte er ſehen können, wie ſein beliebter Gewährsmann in ſeiner Polemik gegen den gloſſirten Artikel, von welchem er ſagt: „Diſſer articulus ſein des — hern Ecken wortte unnd ſpricht dye wort nicht für ein rechte ſunder er ſpricht ſy durch diſputyerens willen unnd wil da mitt beweyſen unnd bewären daz von rechts wegen keyne eygene leüte ſöllen ſein" — neben dem im römiſchen Sinn aufgefaßten „natürlichen Recht," nach welchem alle Leute frei ſeien, das „geſatzt Recht" anerkannt, nach welchem „eygenſchaffte geſein müge mit rechte." (a. E.)

ſache, nicht aber als Rechtsinſtitut anerkennt. So eigenthümlich dieſe Anſchauung iſt, ſo iſt freilich nur auf dieſe Weiſe eine Vereinigung der offenbaren Thatſache mit dem von dem Verf. aufgeſtellten germaniſchen Rechtsprincip möglich, das Verfahren des Verfs. wird aber hierdurch ſchlagend charakteriſirt.

Betrachten wir die ſpäteren Zeiten, ſo findet ſich allerdings zwiſchen der rechtlichen Stellung der Unfreien bei den Römern und bei den Germanen große Verſchiedenheit vor. Dieſelbe beruht aber keineswegs auf einer verſchiedenen principiellen Auffaſſung des Verhältniſſes, ſondern auf der thatſächlichen Verſchiedenheit zwiſchen den Lebensverhältniſſen des ſpäteren Roms und der germaniſchen Staaten. Die fortdauernden Eroberungskriege führten Sclaven, meiſt fremder Nationalität, maſſenhaft nach Rom, die Herrſchaft eines Einzelnen vereinigte häufig eine große Anzahl derſelben unter ſich, die thatſächliche Gemeinſchaft mit den Freien trat dadurch mehr und mehr zurück, das tägliche Vorkommen des Verkaufs ließ dagegen ihre Rechtloſigkeit immer prägnanter hervortreten, und ſelbſt die häufigen Freilaſſungen mußten dieſe Anſicht beſtärken. Wie man ihnen ſchon faſt alle körperliche Arbeit überlaſſen hatte, ſo gewöhnte man ſich, ſie als reine Vermögensſtücke zu betrachten und jede Art der Verwerthung derſelben zu Nutzungs- oder Vergnügungszwecken für gerechtfertigt zu halten. Die lax gewordene Sitte war nicht mehr mächtig genug, hier eine Schranke zu ziehen. Es war daher am Recht, einzuſchreiten, und dieß geſchah auch in völlig angemeſſener Weiſe, namentlich ſtellt ſich der Zwang, einen zu hart behandelten Sclaven zu veräußern, als eine der Natur des Verhältniſſes ganz entſprechende Maßregel dar, und es gehört zu den ſchon öfters gerügten Irrthümern des Verfs., in den betreffenden Rechtsſätzen ſinguläre Beſtimmungen zu

erkennen [15]), ebenso wie es auch irrig ist, die Reaction des sittlichen Gefühls der Römer gegen den Mißbrauch der dominica potestas erst in den späteren Zeiten entstehen zu lassen. Das Bedürfniß, durch Rechtssätze einzugreifen, trat später hervor; das sittliche Gefühl war aber früher keineswegs in geringerem Grade vorhanden.

Bei den Germanen gestalteten sich die Verhältnisse in ganz verschiedener Weise, aber nicht ein ethisches Princip war es zunächst, welches einwirkte, sondern die gesammte thatsächliche Entwickelung der gesellschaftlichen Zustände führte dazu. Vor Allem fehlte es an dem eigentlichen Material, aus welchem man Sclaven machen konnte, denn seitdem die germanischen Staaten sich consolidirt hatten, kamen eigentliche Eroberungen und in Folge davon massenhafte Unterwerfungen von Angehörigen fremder Völker nicht mehr vor. Ein Grund, von der alten Sitte, an die Unfreien Land auszuthun, abzugehen, lag nicht vor, diese Nutzbarmachung derselben entsprach vielmehr fortwährend den Verhältnissen, ja es stellte sich sogar als zweckmäßig heraus, den einem Unfreien gewährten Mansus seinem Sohne zu belassen. Manche Leistungen mußten ihrer Natur nach fixirt werden, und diese Fixirung fand begreiflicher Weise bei den einzelnen Unfreien derselben Herren in übereinstimmender Weise statt. Hieraus entstanden allmälig feste Normen über die Beziehungen des Unfreien zum Grund und Boden und zum Herrn, welche innerhalb des

15) S. o. S. 19. 23. — Wollte man die unpassenden allgemeinen Motive, welche Gajus den Constitutionen Antonin's unterlegt: male nostro jure uti non debemus Gajus I, 53; expedit rei publicae ne sua re quis male utatur, berücksichtigen, so könnte man hierin einen Beleg dafür erkennen, daß auch nach römischem Recht der Mißbrauch auf den Bestand des Rechts Einfluß habe. S. Schmidt S. 142. Vergl. o. S. 102 f.

Kreiſes der einem Herrn gehörigen Unfreien ihre Realiſirung fanden [16]).

Damit war aber den Unfreien noch nicht eine wirkliche Rechtsfähigkeit gegeben, denn da dieſe Normen nicht von der ſtaatlichen Gemeinſchaft realiſirt wurden, eine Realiſirung durch die Unfreien und den Herrn zwar in Betreff der einzelnen Unfreien wirkſam war, aber nicht dem Herrn gegenüber, ſo war die Beſchränkung ihrer Abhängigkeit, vom ſtreng rechtlichen Standpunct aus betrachtet, nur eine thatſächliche, und es finden ſich ja auch vielfache Beiſpiele, daß aufgeſtellte Normen nicht realiſirt werden konnten oder der Herr ſogar dieſelbe willkürlich änderte. Nur gegen willkürliche harte Züchtigung und Tödtung wurde der Unfreie durch das Recht geſchützt, doch hatte er, reſp. ſein Erbe, auch hier nicht ein Klagrecht gegen den Herrn, ſondern es wurde, wie im römiſchen Recht, ex officio vorgeſchritten.

§. 22 a.

Bedeutung des Familienrechts für das übrige Recht.

„Das Familienrecht eines Volks," behauptet der Verf. in §. 22, „iſt von der größten Bedeutung für das Verſtändniß des ganzen Rechts. In der Geſtaltung des Familienrechts tritt die Rechtsidee eines Volks am klarſten und beſtimmteſten hervor,

16) Sowol den ſ. g. Halbfreien, welche ſchon früh mit verſchieden ausgebildeten Rechten vorkamen, als auch Freien, welche ſich in die Abhängigkeit Anderer begeben hatten, wurde in ähnlicher Weiſe Grund und Boden verliehen. Die äußere Aehnlichkeit des Verhältniſſes führte namentlich da, wo dieſelben vermiſcht mit einander wohnten, oft zu einer Gleichſtellung der urſprünglich völlig Abhängigen und der urſprünglich Freien. So wie dieſe Identificirung (oder wenigſtens Annäherung) auf die Stellung der letzteren von ungünſtigem Einfluß war, hob ſie im Gegentheil die der erſteren.

weil im Familienleben die ſittlichen Beziehungen der Menſchen zu einander am ſchärfſten und lebendigſten ſich zeigen, und in der Art der Behandlung dieſer ſittlichen Beziehungen eben der ſpecifiſche Charakter eines Rechts beruht. Wenn daher einem Recht eine beſtimmte Eigenſchaft vindicirt wird, wie dem römiſchen Rechte der Charakter der Univerſalität, ſo wird die Probe vor Allem am Familienrecht gemacht werden müſſen. Kann man dem römiſchen Familienrecht, und zwar nicht in der verſtümmelten Geſtalt, wie es im Corpus juris erſcheint, ſondern in der principiengemäß durchgebildeten Form, wie es zur Zeit der claſſiſchen Jurisprudenz galt, den Charakter der Univerſalität nicht zugeſtehen, ſo muß dieſer Charakter auch dem ganzen römiſchen Recht abgeſprochen werden. Steht das römiſche Familienrecht mit unſerem ſittlichen Bewußtſein in Widerſpruch, ſo gilt dieß auch von dem ganzen römiſchen Recht. Der Unterſchied iſt nur, daß der Widerſpruch dort klarer zu Tage liegt, hier mehr verdeckt iſt; wer aber den Widerſpruch dort nicht läugnen kann und daneben zugeſtehen muß, daß das ganze Recht eines Volks ein organiſches Ganze bildet, wird auch anerkennen müſſen, daß der im Familienrecht zu Tage kommende Widerſpruch ſelbſt dann als ein durchgehender angeſehen werden müſſe, wenn er auf den anderen Rechtsgebieten auch für unſer Bewußtſein verſchwunden ſein ſollte."

Dieſe Argumentation mag bei einer flüchtigen Betrachtung etwas Beſtechendes haben, ſie muß aber doch als gänzlich verfehlt bezeichnet werden. Es iſt irrig, daß in der Geſtaltung des Familienrechts die Rechtsidee eines Volks am klarſten und beſtimmteſten hervortrete, wenn man nicht etwa das klare und beſtimmte Hervortreten in der bewußten Selbſtbeſchränkung des Rechts finden will, denn gerade weil „im Familienleben die ſittlichen Beziehungen der Menſchen zu ein-

ander am ſchärfſten und lebendigſten ſich zeigen," überläßt das Recht die Realiſirung derſelben der Familie ſelbſt. Es iſt ſchon oben ausgeführt worden, wie das Recht erſt dann die Realiſirung urſprünglich durch die Familie allein realiſirbarer Zuſtände übernimmt, wenn die Familienverbindung in ihrer urſprünglichen Kraft und Bedeutung nachläßt, wie dieſe Einwirkung auf das Innere der Familie im Verlauf der Zeit eine immer größere wird, nie aber die Geſammtheit der in der Familie und durch dieſelbe realiſirbarer Normen zu Rechtsſätzen erhoben wird. Deßwegen können nun auch die einzelnen, das Innere der Familie betreffenden Rechtsſätze, wie ſie ſich in einer beſtimmten Zeit bei einem beſtimmten Volk vorfinden, nicht als prägnanteſter Ausdruck der Rechtsidee deſſelben (um dieſe Bezeichnung des Verfs. zu brauchen) erſcheinen, und eben ſo wenig kann dieß für die wegen der Beziehungen der Familie, reſp. einzelner Familienglieder, mit außerhalb der Familie ſtehenden Perſonen von Anfang an nöthigen rechtlichen Formulirungen der Vertretung des Familienvermögens gelten. Das Recht hat zunächſt die Verhältniſſe derjenigen Perſonen zu regeln, welche nur durch den das Recht realiſirenden Staat zuſammengehalten werden, zwiſchen welchen aber eine andere enge ſittliche Verbindung nicht vorhanden iſt [1]), und inſofern durch das Nachlaſſen der engen Familienbande die einzelnen Familienglieder auch in Beziehung zu einander als Staatsglieder zu erſcheinen anfangen, berückſichtigt das Recht auch dieſe Beziehungen derſelben. Das Recht wird in die Familie hineingetragen, auf dieſe ausgedehnt; in dieſer

1) So lange die Gentilverbindung noch in urſprünglicher Kraft und Bedeutung beſteht, bekümmert ſich der Staat auch nicht um die inneren Verhältniſſe der Gens. Daſſelbe gilt für die alte Clientel und zeigt ſich noch in manchen Beziehungen im ſpäteren Patronat, ſowie auch in der freien Ehe.

Ausdehnung kann aber der specifische Charakter derselben natürlich nicht erkannt werden. Als specifisch kann nur die ursprüngliche Passivität des Rechts in Betreff der Familie erscheinen. Diese Passivität ist aber so wie wol im Recht jedes Volks, so auch im deutschen und im römischen Rechte ursprünglich gleichmäßig vorhanden.

Was die vom Verf. hier angefochtene „Universalität" des römischen Rechts betrifft, so ist von der Bedeutung derselben an einer anderen Stelle gesprochen worden und es ist hier nur darauf aufmerksam zu machen, daß dieselbe für das römische Recht der classischen Zeit wol schwerlich von jemand in der Art behauptet wird, daß dasselbe überall unmittelbar anwendbar sei; ferner aber kann das Familienrecht der späteren Kaiserzeit, soweit es sich auf das Verhältniß zwischen Vater und Kindern bezieht (und dieß hat der Verf. ja offenbar hier vor Augen), nicht als „verstümmeltes" der „principiengemäß durchgebildeten Form der classischen Jurisprudenz" entgegengestellt werden, sondern erscheint als weitere rechtliche Ausbildung desselben auf Grund schon früher im Leben anerkannter sittlicher Normen.

Wenn endlich zum Schluß der mitgetheilten Ausführung des Verfs. behauptet wird, daß ein Widerspruch, auch wenn er auf anderen Rechtsgebieten verschwunden sei, doch als durchgehender, d. h. doch wol auf allen Rechtsgebieten vorkommender, anerkannt werden müsse, so muß ich gestehen, daß ich die Möglichkeit, geschweige denn die Nothwendigkeit einer solchen Anerkennung nicht einzusehen vermag.

Der Verf. weist dem Familienrecht noch dadurch eine besondere Bedeutung zu, daß er einen „unmittelbaren Einfluß desselben auf die Gestaltung des ganzen übrigen Rechts behauptet. „Die Familie," fährt er fort, „ist älter als der Staat; sie ist das erste Band, welches Menschen mit einander

verbindet, das erſte Rechtsverhältniß, in dem Menſchen zu einander ſtehen. Daher hat denn auch das Familienrecht, vorausgeſetzt, daß ſich in ihm die ſittliche Idee der Familie realiſirt hat, und nicht ſchon hier Recht und Sittlichkeit ſo ſcharf geſchieden werden, wie dieß im römiſchen Rechte geſchieht, einen typiſchen Charakter, indem, wenn neue Rechtsverhältniſſe ſich bilden, bei denen die Möglichkeit einer Anknüpfung und analoger Behandlung vorhanden iſt, das bereits beſtehende Rechtsverhältniß für ſie das natürliche Vorbild iſt. Dieſer typiſche Charakter iſt dem germaniſchen Familienrechte in hohem Maße eigen, und wir finden im germaniſchen Rechte eine doppelte Reihe von Rechtsverhältniſſen, von denen die eine ſich an das durch die Familie begründete Fraternitätsverhältniß anlehnt, und eine demſelben analoge ſittliche Zuſammengehörigkeit erzeugt, die andere aber daneben auch zugleich das Verhältniß ſittlicher Unterordnung nachbildet, wie es im Kreiſe der häuslichen Gemeinſchaft in den verſchiedenen Beziehungen gilt." Als dem Fraternitätsverhältniß nachgebildet führt der Verf. an die Gilden, Verbrüderungen, Innungen, Zünfte und ſelbſt die alte germaniſche Gemeinde, als „der zweiten Art angehörig" bezeichnet er die durch den Geſinde-, Geſellen-, Lehrlingscontract begründeten Verhältniſſe, die verſchiedenen vogteilichen Verhältniſſe, die Gefolgſchaften „und im weiteren Sinn die aus dieſer hiſtoriſch erwachſene germaniſche Monarchie."

Dem römiſchen Familienrecht fehle dagegen ein typiſcher Charakter in dieſem Sinn ganz, da daſſelbe bei der Art und Weiſe, wie das Rechtsverhältniß des paterfamilias zu Weib und Kindern conſtruirt ſei, begreiflicher Weiſe in keiner Beziehung ein Vorbild für die Geſtaltung von Rechtsverhältniſſen für freie Menſchen werden könne.

Es ſoll gern zugegeben werden, daß bei den Germanen eine Reihe von Verhältniſſen den Familienverhältniſſen nachgebildet worden, daß das Fraternitäts- und das Paternitätsverhältniß Prototyp derſelben geweſen iſt — nicht das rechtliche Verhältniß der Familienglieder iſt aber nachgebildet worden, ſondern das ſittliche, und es iſt deßwegen im Ganzen [2]) einerlei, in welcher Weiſe das Recht ſich zur Familie verhält. Dieß zeigt ſich namentlich darin, daß dieſe nachgebildeten Verhältniſſe oft nach ganz anderen Seiten hin als Rechtsverhältniſſe ausgebildet ſind, als die Familienverhältniſſe. Gerade nach der Seite hin z. B., nach welcher die letzteren hauptſächlich oder, in Betreff der entfernteren Grade, allein, als Rechtsverhältniß ausgebildet ſind, nach der vermögensrechtlichen Seite, ſind die nachgebildeten Verhältniſſe nur ſelten als Rechtsverhältniſſe aufgefaßt. Der Lehrherr und Brodherr hat zu dem Vermögen des Lehrlings und Dienſtboten, auch wenn dieſer vaterlos und minderjährig iſt, keine rechtliche Beziehung, ein Erbrecht zwiſchen beiden und zwiſchen Zunft- oder Gildgenoſſen [3]) wird nirgends anerkannt; hingegen ſind in dieſen Verhältniſſen ſolche Beziehungen, welche innerhalb der Familie lediglich durch die Sitte geregelt ſind, gewöhnlich rechtlich feſtgeſtellt, und das Verhältniß iſt inſofern alſo zum Rechtsverhältniß geworden. Dieß gilt z. B. von der gegenſeitigen Unterſtützungspflicht der Gildgenoſſen [4]).

---

2) Einzelne Rechtsſätze, die zunächſt dem Familienrecht angehören, ſind allerdings auch auf die analogen Verhältniſſe angewandt worden.

3) Das mitunter wol vorkommende beſchränkte und ſubſidiäre Erbrecht der Gildkaſſe ſelbſt gehört nicht hierher, denn dieſes hat gar keine Analogie innerhalb der Familie.

4) Einen Rechtsſatz, der die Alimentationspflicht des Bruders aufſtellte, kennt auch das germaniſche Recht nicht (ſ. o. S. 283), wol aber iſt es Rechtspflicht, den Vater zu alimentiren. Hingegen

Da nun der Verf. ſelbſt nicht in Abrede ſtellt, daß auch bei den Römern die Familienglieder als ſittlich zuſammengehörig und gegenſeitig verpflichtet anerkannt worden ſind, ſo würde in der von ihm behaupteten principiellen Verſchiedenheit des Familienrechts der Grund nicht liegen, daß die Nachbildungen der Familienverhältniſſe nicht auch in Rom vorgekommen ſeien. In der That finden ſich aber auch ſolche Nachbildungen der Familienverhältniſſe in Rom vielfach vor. Der Verf. möge nur den erſten Paragraphen von Mommſen's Abhandlung über die Collegien und Sodalicien [5]) nachleſen, wo er eine Anzahl von Belegen dafür vorfinden wird, daß in dieſen Verbindungen ein eigentliches Fraternitätsverhältniß anerkannt war. Die sodales werden als necessarii bezeichnet, den Cognaten, ſelbſt den Kindern gleichgeſtellt, es iſt unterſagt, den sodalis anzuklagen, ein sodalis konnte nicht Richter in der Sache eines anderen ſein [6]). — Ferner dürfte hier das hospitium [7]) zu erwähnen ſein [8]), vor Allem aber

---

iſt vielfach die Pflicht, den armen Zunftgenoſſen, regelmäßig die, den Gemeindegenoſſen zu alimentiren, feſtgeſtellt, nie aber die Pflicht, den Meiſter oder Brotherrn zu ernähren.

5) Th. Mommsen de collegiis et sodaliciis Romanorum.

6) Ich werde unten, §. 27, auf dieſe Verbindungen zurückkommen.

7) Wenn dieſes vielleicht auch nach keiner Seite hin als ſtrenges Rechtsinſtitut ſich conſtruiren laſſen dürfte, ſo gilt dieß in gleicher Weiſe für gar manche der unter die vom Verf. aufgeſtellten Kategorien fallenden Verbindungen.

8) Wenn Verträge mit dem ſpecifiſchen Charakter des deutſchen Geſinde-, Lehrlings-, Geſellenvertrags im römiſchen Recht fehlen, ſo erklärt ſich dieß nicht daraus, daß die Römer eine einfache locatio conductio für den hier angemeſſenen Vertrag gehalten haben, ſondern daß in Rom die factiſchen Vorausſetzungen für dieſe Verträge, namentlich für den erſten, faſt ganz fehlten. — Uebrigens kann hier eine Hinweiſung auf die bekannten Worte der l. 63 pr. pro socio nicht übergangen werden: quum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat. Mag man dieſe Worte als Motiv der Geſtattung des

gehört der Patronat hierher. In dieſem tritt der vom Verf. vermißte ſpecifiſche Charakter in weit prägnanterer Weiſe hervor, als in irgend einem Inſtitute des germaniſchen Rechts. Es muß um ſo mehr Verwunderung erregen, daß der Verf. den Patronat nicht erwähnt hat, als er ſelbſt die „vogteilichen Verhältniſſe und die Gefolgſchaften“ erwähnt. Möglich, daß der Verf. die alte Clientel als ein Inſtitut des überwundenen patriciſchen Rechts abſichtlich ignorirt hat und das ſpätere Vorkommen derſelben, ſelbſt noch unter den Kaiſern, nur als Anomalie anſieht, das Patronatsverhältniß zwiſchen einzelnen Römern und Municipien oder ganzen Provinzen aber als Singularität bei Seite liegen läßt; wie jedoch der Patronat über Freigelaſſene hinweggeräumt werden könnte, iſt kaum abzuſehen. Die Rechtsquellen erklären den Freigelaſſenen dem Sohn gleichſtehend, das obsequium und die reverentia gegen den Patron und deſſen Familie wird von dem Rechte anerkannt, eine Klage wegen groben Undanks iſt gewährt, poſitive Leiſtungen ſind dem Freigelaſſenen aufgelegt, namentlich Alimentationspflicht, die von ihm verſprochenen operae haben einen ganz eigenthümlichen Charakter, ganze Titel handeln von demſelben, dem Patron ſteht ein Erbrecht an der Hinterlaſſenſchaft des Freigelaſſenen zu. Auf der anderen Seite ſind mit dem patronatiſchen Recht Pflichten ver-

beneficium competentiae für socii im Allgemeinen anſehen oder darin die Bedingung angegeben finden, unter welcher der Prätor auch dem socius unius rei das beneficium gibt, ſo viel ſteht feſt, daß die Römer das ſittliche nahe Verhältniß unter Geſellſchaftern anerkannten und rechtlich berückſichtigten, und daß man das Verhältniß als dem unter Brüdern analog auffaßte. Da wol aber die Anſicht vorzuziehen ſein dürfte, nach welcher Brüdern ſelbſt dieſe Rechtswohlthat nicht zugeſtanden hat, ſo finden wir auch hier wieder den oben erwähnten Fall, daß ein Familienverhältniſſen nachgebildetes Verhältniß nach einer Seite hin rechtlich ausgebildet iſt, nach welcher das erſtere nicht Rechtsverhältniß iſt.

bunden, deren Nichterfüllung den Verluſt des Rechts herbeiführt, durch Mißbrauch geht es unter. Wie ſehr gerade der ſittliche Charakter des Verhältniſſes es iſt, der demſelben ſeinen rechtlichen Inhalt verleiht, geht aus den feinen Unterſcheidungen hervor, wem und in welchen Fällen der Patronat zuſtehe, ferner aus dem verſchiedenen Umfang des patronatiſchen Rechts, je nach der beſonderen Stellung des Patrons zum Freigelaſſenen — kurz, wenn es möglich iſt, in irgend einem Rechtsinſtitute den Einfluß des ſittlichen Bewußtſeins direct zu erkennen, ſo iſt es im römiſchen Patronat. Hat ja doch das germaniſche Lehnrecht Sätze aus demſelben entlehnt. — Wenn dieſes aber unbeſtreitbar feſtſteht, ſo dürfte doch, dem Verf. wenigſtens gegenüber, ein Rückſchluß gerechtfertigt ſein von dem Patronat auf die Familie. Wenn das Recht im nachgebildeten Inſtitute das ſittliche Bewußtſein anerkennt, ſo kann es daſſelbe im Vorbilde nicht verläugnen.

Zweiter Abſchnitt.

Das Sachenrecht.

Erſtes Capitel.

Das Eigenthum.

§. 23.

Entſtehung und Rechtsgrund des Eigenthums.

Schon um die Entſtehung des Rechts im ſubjectiven Sinn zu erklären (§. 9), hatte der Verf. von dem Eigenthumserwerb gehandelt, bei den Römern als herrſchendes

Princip das der Beute im Gegenſatz zum germaniſchen Princip des Lehens bezeichnet, und daraus die alten Traditionsformeln erklärt. Indem ſich der Verf. hierauf bezieht, will er hier nur noch zwei Verſchiedenheiten hervorheben, die ſich in der Lehre von der Occupation und von der Eigenthumsübertragung zeigen ſollen. Nach dem Grundſatze, dem Verf. Schritt für Schritt nachzufolgen, habe ich das „Beuterecht“ und die von dem Verf. daraus abgeleiteten Sätze ſchon oben[1]) beleuchtet, und es bleibt hier noch die Betrachtung der beiden erwähnten weiteren Conſequenzen übrig.

1) Occupation. „Das römiſche Recht führt den Grundſatz, daß herrenloſe Sachen von Jedem occupirt werden können und dem Occupanten gehören, conſequent, aber auch zugleich rückſichtslos durch, ſo daß ſelbſt Sachen eines Verſtorbenen als herrenlos betrachtet werden und daher pro herede uſucapirt werden können. — Im germaniſchen Recht iſt dagegen auch das Occupationsrecht mehrfach durch ſittliche Rückſichten beſchränkt. So iſt z. B. das Jagdrecht durch die zur Schonung des Wildſtands beſtehenden Jagdgeſetze beſchränkt; der Schatz, weil er eigentlich nicht herrenlos iſt, ſondern nur der Berechtigte nicht ermittelt werden kann, kein Gegenſtand des Occupationsrecht, ſondern Eigenthum des Königs, und ebenſo erbloſe Sachen[2])“. Weil alſo der Schatz eigentlich nicht herrenlos iſt, der Occupant deßwegen nicht eine ſittliche Berechtigung, denſelben zu heben, hat, deßwegen — hat der König dieſe ſittliche Berechtigung und „ebenſo“ bei „erbloſen Sachen“ — und dieß iſt eine Beſchränkung des Eigenthumserwerbs an herrenloſen Sachen! Wie verhalten ſich aber zu der behaupteten conſequenten und rück-

1) S. 70 ff.

2) Ich bin genöthigt geweſen, um nicht in den Verdacht der Entſtellung zu verfallen, die Worte des Verfs. in extenso anzuführen.

ſichtsloſen, durch ſittliche Rückſichten nicht beſchränkten Durchführung der römiſchen Lehre die Sätze, daß der Finder des Schatzes die Hälfte deſſelben oder, wenn er abſichtlich darnach geſucht hat, den ganzen Schatz herausgeben muß? Wie ſtimmt die Nichtoccupationsfähigkeit der res extra commercium zu der Occupationslehre, reſp. zu dem ſubjectiviſtiſchen Princip, aus dem ſie gefloſſen? Iſt die Abſchaffung der von Gajus als improba bezeichneten usucapio pro herede eine ſpätere Singularität?

2) Eigenthumsübertragung. „Nach römiſcher Anſicht vermittelt ſich der Eigenthumsübergang bei der Tradition dadurch, daß, nachdem von Seiten des Tradenten durch Aufgabe ſeines Rechts das dem Erwerb des Eigenthums entgegenſtehende Hinderniß beſeitigt iſt, der Erwerber die factiſche Herrſchaft und durch ſie das Eigenthum der Sache durch Beſitzergreifung erlangt. Daher iſt der Beſitzerwerb weſentliches Requiſit des Eigenthumsübergangs.“ „Nach germaniſcher Anſicht dagegen vermittelt ſich der Eigenthumsübergang durch die aus der Willenseinigung des Tradenten und Empfängers entſpringende ſittliche Berechtigung, und es iſt, weil dieſe von der Einräumung des Beſitzes unabhängig iſt, dieſe letztere kein nothwendiges Requiſit des Eigenthumserwerbs.“

Dieſe Deduction iſt mit der in §. 9 gegebenen nicht ganz übereinſtimmend. Dort wurde nämlich behauptet, das in den alten Formeln deutlich erkennbare Princip des Eigenthumserwerbs ſei auch in dem ſpäteren Recht noch vorhanden, ſo daß die aus dem jus gentium ſtammende traditio nur ſo weit wahrhaft und vollſtändig aſſimilirt worden ſei, als ſie „von jenem Geiſt aus begriffen und anerkannt werden konnte,“ d. h. von den zwei ſelbſtſtändigen Handlungen, in welche ſich die Tradition auflöſen ließe, dem vacuam possessionem machen

und der Apprehenſion durch den Erwerber, ſei die erſtere ein superfluum, das als ſolches der Auffaſſung der letzteren als formloſer Mancipation nicht im Wege ſtehe, man könne alſo auch vom römiſchen Standpunct aus anerkennen, daß durch die Tradition ein wirkliches und rechtlich gültiges dominium entſtehe [3]). Hiermit und mit der allgemeinen Erklärung über die principielle Identität des jus gentium mit dem alten Civilrecht [4]) läßt es ſich nun aber nicht vereinigen, wenn der Verf. an unſerem Orte auf die erſte in der Tradition enthaltene Handlung entſchieden Gewicht legt, indem er erklärt, durch „die Aufgabe ſeines Rechts beſeitige der Tradent das dem Erwerb des Eigenthums entgegenſtehende Hinderniß." Darin liegt doch wol klar und deutlich die Nothwendigkeit dieſer Handlung zur Effectuirung des Eigenthumsübergangs ausgeſprochen, und damit iſt zu gleicher Zeit anerkannt, daß das römiſche Recht eine ſittliche Berechtigung des Erwerbers verlangt. S. 108 und 109 findet ſich wenigſtens mehrmals in poſitiver und negativer Faſſung ausgeſprochen, daß die Erklärung des Tradenten den Grund für die Sittlichkeit des Erwerbs bilde. An unſerer Stelle finden wir jedoch dieſe aus den eigenen Sätzen des Verfs. gezogene Conſequenz nicht zugegeben, es wird hier vielmehr dem Eigenthumsübergang nach deutſcher Auffaſſung allein die ſittliche Berechtigung vindicirt. Dieſe ſoll entſpringen aus der Willenseinigung des Tradenten und des Empfängers. In der „Einigung," d. h. dem Geeinigtſein dieſer Willen, ſcheint alſo das ſittliche Wirkung erzeugende Moment liegen zu ſollen, und den Gegenſatz muß dann die der römiſchen Anſchauung entſprechende Sonderung, d. h. das Geſondertſein der beiden Willen bilden. Bekanntlich

3) Schmidt, S. 113 N. 9.
4) Schmidt, S. 26.

hat Kant[5]) eine „transcendentale Deduction" des Begriffs der Erwerbung durch Vertrag (in der weiteren Kant'schen Bedeutung) in der Art vorgenommen, daß er empirisch auf einander folgende Acte als aus einem gemeinsamen Willen hervorgehend denkt und diesen gemeinsamen Willen als den Recht erzeugenden oder verändernden auffaßt. Diese Deduction selbst kann hier füglich unerörtert bleiben; wie man aber diese abstracte Auffassung als einem positiven Recht angehörend und einem anderen abgehend bezeichnen kann, ist unbegreiflich; vollends unfaßbar aber ist, wie man in der römischen Tradition, bei welcher sehr häufig die beiden Willen als coexistirend äußerlich erscheinen[6]), diese Coexistenz nicht anerkennen, dieselbe aber in der deutschen Auflassung, in welcher de jure die resignatio der Apprehension ausdrücklich vorhergehen muß, ja in welcher beide Acte häufig durch einen dritten Act getrennt sind, erblicken kann. Wir können also nur zu dem Resultate kommen: entweder entspringt auch aus dem bei der Tradition vorhandenen gesonderten Willen des Tradenten und des Erwerbers eine sittliche Berechtigung, oder diese ist auch bei den deutschrechtlichen Uebertragungsarten nicht vorhanden.

Die behauptete Verschiedenheit soll nun aber auch eine besondere practische Wirkung haben (durch welche sie wol auch wieder bewiesen werden soll). Nach römischem Recht soll die Besitzergreifung wesentliches Requisit des Eigenthumsübergangs, nach germanischem Recht jedoch der Eigenthumsübergang von der Einräumung des Besitzes unabhängig sein. Zur Wider-

5) Metaphys. Anfangsgründe der Rechtslehre. §. 19.

6) Dieß tritt namentlich da deutlich hervor, wo die zu tradirende Sache mit Willen des Empfängers in sein Haus eingebracht wird. Derselbe erwirbt hier Besitz, resp. Eigenthum, auch ohne körperliche Apprehension, vergl. z. B. l. 9 §. 3 de jure dotium.

legung der behaupteten römiſchen Lehre genügt wol eine einfache Verweiſung auf das nächſte beſte Pandectencompendium [7]), was aber die germaniſche Anſchauungsweiſe betrifft, ſo wird ein näheres Eingehen hier nothwendig ſein.

Der Verf. behauptet, daß nach der germaniſchen Anſicht „der Eigenthumsübergang durch die aus der Willensmeinung des Tradenten und Empfängers entſpringende ſittliche Berechtigung vermittelt werde, es ſei daher, weil dieſe von der Einräumung des Beſitzes unabhängig ſei, dieſe letztere kein nothwendiges Requiſit des Eigenthumserwerbs. Dieß zeige ſich namentlich in folgenden Acten: gerichtliche Auflaſſung und an deren Stelle Umſchreibung in öffentlichen Büchern, Lehnsinveſtitur, Ertheilung des Grundbriefs bei Leihen, Uebergabe der das Eigenthum beweiſenden Urkunden, Ueberſendung des Connoſſements.“ Was die erſte Behauptung betrifft, ſo würde die natürliche Folge des Satzes, daß der Eigenthumsübergang durch die aus der Willenseinigung des Tradenten und Empfängers entſpringende ſittliche Berechtigung vermittelt werde und daher unabhängig von der Einräumung des Beſitzes ſei, die ſein, daß im Moment der Perfection des die zu veräußernde Sache betreffenden Conſenſualvertrags das Eigenthum ſelbſt übergehe. Dieß gibt der Verf. nun auch als an ſich genügend zu (S. 221) und findet den Grund, daß dieſer Grundſatz im deutſchen Recht nicht anerkannt iſt, nur darin, daß „die Eigenthumsübertragung nicht nur zwiſchen Tradenten und Empfänger, ſondern auch allen dritten Perſonen gegenüber inſofern Rechtswirkungen erzeugen ſolle, als dieſe den Empfänger in Zukunft als den rechten Eigenthümer zu re-

7) Z. B. Puchta, §. 151—153; auch der durch ein constitutum possessorium vermittelte Eigenthumserwerb iſt hier anzuführen, da der Verfaſſer ſeiner ganzen Argumentation nach unter Beſitz den mit Detention verbundenen Beſitz, reſp. die Detention ſelbſt, verſteht.

ſpectiren dadurch verpflichtet würden.“ Dieß heißt aber doch offenbar nichts anderes, als: die Natur des Eigenthums ſteht dem Erwerb deſſelben durch einfachen Vertrag entgegen.

Im germaniſchen Recht tritt überall der Erwerb des Beſitzes als für den Eigenthumserwerb von großer Bedeutung hervor. Der früherhin unbezweifelte Satz von der Uebertragung dinglicher Rechte ohne Beſitzerwerb iſt heut zu Tage nicht nur ſtark angezweifelt, ſondern ſogar, wenigſtens in ſeiner Allgemeinheit, umgeſtoßen worden [8]). Das älteſte Recht verlangt eine „investitura“ (Beſitzeinweiſung) neben der „traditio“ (Rechtsübertragung) und jene enthält eine viel prägnantere Beſitzergreifung, als ſie je das römiſche Recht forderte. Auch im neueren Recht wird ſie vielfach gefordert, und wo ſie nicht nothwendig iſt, tritt wenigſtens das Erforderniß ſymboliſcher Beſitzergreifung auf. Auch die Sätze über Anfang des ehelichen Rechts des Manns an den Gütern der Frau durch Conſummation der Ehe, das particularrechtliche Erforderniß der Beſitzergreifung von erblich angefallenen Gütern u. ſ. w. bezeugt dieſe Auffaſſung.

Bei den Mobilien tritt die thatſächliche Innehabung bekanntlich ſo ſehr in den Vordergrund, daß, obgleich dieſelbe zwar eines verſchiedenen rechtlichen Inhalts fähig ſein und auch ohne rechtlichen Inhalt vorkommen kann, doch urſprünglich dieſer rechtliche Inhalt von dem Innehaben abſtrahirt nicht gedacht werden kann [9]). Dieß zeigt ſich namentlich auch bei

8) Vergl. die die neueſte Dogmengeſchichte und eigene, durch die Scheidung der Quellen verdienſtliche, Ausführungen enthaltenden Germaniſtiſchen Abhandlungen von Sandhaas. Abh. 1.

9) Den S. 219 N. 1 vom Verf. hervorgehobenen römiſchen Grundſatz, daß an wilden Thieren das Eigenthum nur ſo lange beſteht, als die phyſiſche Herrſchaft dauert, ſind die ſo häufig vorkommenden Sätze über das Recht an ausſchwärmenden Bienen zur Seite zu ſetzen. Wird hier durch die in verſchiedener Weiſe näher beſtimmte

der Rechtserwerbung, zu welcher nicht nur Beſitzergreifung, ſondern fortdauerndes Innehaben erfordert wird. Am deutlichſten ſpricht dieß die Parömie, donner et retenir ne vaut, aus. Lediglich aus den aufgeſtellten Principien läßt ſich aber auch der Ausſchluß der Vindication aus der Detention gelaſſener Mobilien, welchen man gewöhnlich mit der Parömie, Hand muß Hand wahren, zu bezeichnen pflegt, erklären. Der Verf. verſucht dieſen Satz folgendermaßen aus ſeinem Princip abzuleiten: „Bei fahrender Habe bewirke die Beſitzübertragung bereits die genügende Publicität“ (nämlich eine ſolche Publicität, welche auch Dritten gegenüber dem Erwerber eine ſittliche Berechtigung verſchafft, d. h. durch welche Eigenthum übertragen wird). Daraus folge aber, daß jeder Dritte befugt ſei, jede Beſitzübertragung als Eigenthumsübertragung anzuſehen, den Beſitzer alſo ohne Weiteres für den rechten Eigenthümer zu halten, und daher fehle demjenigen, der den Beſitz ſeiner Sache einem Anderen eingeräumt habe, im Fall, daß dieſer ſie an einen Dritten veräußere, die ſittliche Berechtigung, ſie von dem Dritten, der ſie in gutem Glauben kaufte, zu vindiciren. Dieſe Argumentation iſt nur in Betreff der durch Hereinziehen der bona fides des Erwerbers bewirkten ſpäteren particulären Modificationen des beſprochenen Satzes ſchlüſſig, läßt aber auch die Möglichkeit des Anevangs geſtohlener Sachen gegen den gutgläubigen Dritten unerklärt, da ausdrücklich geſagt wird: „jeder Dritte iſt befugt, den Beſitzer für den rechten Eigenthümer zu halten.“

Schon oben iſt erwähnt worden, daß der Verf. von der längſt überwundenen Anſicht ausgeht, daß durch das Connoſſe-

---

Nachfolge die phyſiſche Herrſchaft nicht gewahrt, ſo verliert der, aus deſſen Stock ſie ausgeflogen waren, ſein Recht. Mitunter wird ihm aber ſelbſt in dieſem Fall nur ein Theil des ausgeflogenen Schwarms zugeſprochen.

ment Eigenthum, und zwar ohne Beſitzübertragung, übertragen werde, es kann jedoch nicht übergangen werden, in welcher Weiſe der Verf. die Lehre vom Connoſſement für ſeine Anſichten benützt [10]).

Statt die dem Abſender eingeräumte Möglichkeit der Vindication der überſendeten Sachen aus der Concursmaſſe des Deſtinatars und die Nichtvindication dem dritten Connoſſementinhaber gegenüber als nothwendige Conſequenz der römiſchen Grundſätze über Eigenthumsübergang beim Kauf und des particularrechtlichen Hand muß Hand wahren zu conſtruiren, welche auch bei einfacher Tradition der Waaren Platz greift, ſpricht der Verf. von einem wegen Mangels der ſittlichen Berechtigung widerruflichen Eigenthum des Empfängers des Connoſſements, erkennt jedoch bei dem dritten Beſitzer dieſe Berechtigung an. Dieſe Erörterung iſt aber deßwegen in dem vorliegenden Buche von Intereſſe, weil man in dem zu Grunde liegenden Gedanken die römiſche Anſchauungsweiſe

10) Die Darſtellung des Verfs., S. 221 N. 3, lautet wörtlich ſo: „Wie ſehr dabei (bei den deutſchrechtlichen Uebertragungsacten) der Begriff der ſittlichen Berechtigung durchſchlagend iſt, ſpricht ſich in einer eigenthümlichen, vom römiſchen Standpuncte aus unfaßlichen, Modification des Eigenthumsübergangs durch Ueberſendung des Connoſſements aus. Nach der Abſicht der Betheiligten ſoll der Empfänger des Connoſſements über die Waaren disponiren können, und er kann daher durch Uebertragung des Connoſſements auch ſein Recht an der Waare auf Dritte übertragen. Der Empfänger des Connoſſements wird jedoch nicht unwiderruflich und ohne Rückſicht darauf, ob er den Kaufpreis gezahlt hat, Eigenthümer der Waare, weil ihm, wenn er ſeiner Seits nicht erfüllt hat, und nicht erfüllen kann, die ſittliche Berechtigung fehlt, die Waare zu behalten. Daher hat nach einzelnen Handelsrechten der Abſender im Falle des Concurſes das Recht, die unbezahlte Waare zu revindiciren, jedoch nur aus der Maſſe, nicht wenn das Connoſſement an einen Dritten übertragen iſt, weil dieſem jene ſittliche Berechtigung nicht fehlt.“

vom Synallagma wiederfindet; dieſer muß alſo der Verf. wenigſtens Geltung angedeihen laſſen.

§. 24.

Begriff des Eigenthums.

„Da nach römiſcher Anſchauung der Rechtsgrund des Eigenthums in dem Willen und der thatſächlichen Realiſirung dieſes Willens zu finden ſei, ſo werde auch Inhalt und Umfang der Herrſchaft lediglich durch den Willen des Eigenthümers beſtimmt, und daher ſei Eigenthum ein Recht abſoluter Herrſchaft über die Sache. Nach germaniſchem Recht ſei Eigenthum hingegen, da der Rechtsgrund deſſelben in der ſittlichen Berechtigung des Beſitzers gefunden werde, ein Recht ſittlicher Herrſchaft über die Sache, d. h. der Eigenthümer ſei berechtigt, aber auch verpflichtet, die Sache ihrem ſittlichen Zweck gemäß zu gebrauchen. Deßwegen habe nach römiſchem Recht die verſchiedene Natur der einzelnen Sachen auf den Begriff des Eigenthums keinen Einfluß, im germaniſchen Recht finde ein ſolcher aber ſtatt, daher ſei das Eigenthum verſchieden an Grundſtücken und an fahrender Habe, daher aber auch wieder verſchieden an Herrſchaften, Rittergütern, ſtädtiſchen Grundſtücken und Bauerngütern, daher ſeien bei der fahrenden Habe die Rechte des Eigenthümers verſchieden an lebloſen Sachen, Thieren (Verbote der Thierquälerei) und Leibeigenen.“

Der Verf. geht nicht ſo weit, wie es von mancher Seite geſchehen iſt, dem germaniſchen Recht den Begriff des Eigenthums ganz abzuſtreiten, er behauptet nur mit vielen Germaniſten die Verſchiedenheit des germaniſchen Eigenthumsbegriffs von dem römiſchen. Aber auch dieß kann ihm nicht unbedingt zugeſtanden werden. Das germaniſche Recht kennt zwar von dem römiſchen dominium verſchiedene Herrſchafts-

verhältniſſe über Sachen, es kennt aber auch den reinen abſoluten Eigenthumsbegriff. Wenn man die in den Formelſammlungen enthaltenen Uebertragungen durchgeht, findet man in vielen die einzelnen Merkmale des Begriffs des römiſchen dominium ausdrücklich aufgenommen: die durch kein anderes Recht beſchränkte Herrſchaft über die Sache, die unbedingt freie Veräußerungsbefugniß werden mehr als einmal als Folgen des jus proprietarium bezeichnet, und gerade die Häufigkeit der Conſtituirung umfaſſender dinglicher Rechte an einer fremden Sache, die vielfältig aufgelegten Beſchränkungen der Dispoſitionsfähigkeit, das häufige Belaſten der Grundſtücke zu Gunſten des Uebertragenden oder Dritter gab Veranlaſſung, dieſe Merkmale der völligen Herrſchaft beſonders hervorzuheben. Gerade dieſes Gegenſatzes wegen wird in der ſpäteren Zeit die Unbedingtheit der Herrſchaft durch einen adjectiviſchen Zuſatz, wie ächt, dorflachtig, frei, liber, omnino liber, merus u. ſ. w. hervorgehoben. Bei Mobilien fehlte der Gegenſatz, an dieſen wurden nicht dingliche Rechte beſtellt, dieſe waren nicht belaſtet und die Dispoſitionsfähigkeit in Betreff derſelben war nicht beſchränkt, deßwegen fehlen auch bei ihnen derartige Beziehungen.

Der Begriff der unbedingten Herrſchaft und die Bezeichnung dafür exiſtirt alſo. Es wäre nun freilich denkbar, daß das germaniſche Recht das von dem Verf. aufgeſtellte Princip der Verpflichtung des Eigenthümers zum ſittlichen Gebrauch ſtillſchweigend vorausgeſetzt hätte, und dann wäre allerdings der Begriff ein vom römiſchen abweichender. Das Princip iſt aber da, wo der Verf. es weiter ausgeführt [1]) und damit die Möglichkeit der Widerlegung gegeben hat, im Vorhergehenden und Folgenden als unbegründet nachgewieſen. An

1) S. namentlich §. 12.

unſerer Stelle erkennt der Verf. als Conſequenz dieſes Princips den Einfluß der Individualität der Sache auf den Eigenthumsbegriff. Sehen wir, wie es ſich damit verhält. Die verſchiedene rechtliche Behandlung der Immobilien und Mobilien in manchen Punkten iſt unläugbar. Die nach manchen Rechten verſchiedene Vererbung beider hat aber auf das Eigenthum keinen Einfluß, ebenſowenig der Umſtand, daß da, wo ein Beiſpruchsrecht der nächſten Erben vorkam, dieß die Mobilien nicht berührte. Wichtig iſt allein der Ausſchluß einer dinglichen Klage, ſobald der Eigenthümer die Mobilie freiwillig aus ſeinen Händen gelaſſen hatte, und die Formloſigkeit der Eigenthumsübertragung. Beides aber begründet nicht eine qualitative Verſchiedenheit des Eigenthums an Mobilien und Immobilien, ſondern das Eigenthum an erſteren ſtellt ſich nur als ein geringer ausgebildetes, mit geringerem rechtlichen Schutze verſehenes dar [2]). — Eine Verſchiedenheit der Rechte des Eigenthümers an verſchiedenen Arten der fahrenden Habe exiſtirt nicht [3]). Eine verſchiedene Behandlung im Erbrecht (Gerade, Heergeräthe) bedingt nicht eine Verſchiedenheit des Eigenthums. Wenn der Verf. durch die parenthetiſche Bemerkung, „Verbote der Thierquälerei," eine Verſchiedenheit des Eigenthums an Thieren und lebloſen Sachen begründen will, ſo bedarf dieß wol keiner Widerlegung. Ueber das rechtliche Verhältniß der Leibeigenen, die wol aber nirgends der fahrenden Habe zugerechnet werden, ſ. o. §. 22.

2) Aehnlich verhielt es ſich im älteſten römiſchen Recht ſicherlich mit den res nec mancipi.

3) Der Unterſchied der „gezeichneten" und „nicht gezeichneten" Mobilien, der in neuerer Zeit in geiſtreicher Weiſe geltend gemacht wurde (ſ. Michelſen, die Hausmarke. S. 27), iſt für das eigentliche deutſche Recht noch nicht näher begründet. Aus dieſem Unterſchied folgt aber auch nicht eine Verſchiedenheit des Eigenthums, ſondern nur eine Verſchiedenheit in der Sicherheit der Verfolgbarkeit.

Es wird weiter von einem verſchiedenen Eigenthum an verſchiedenen Immobilien geſprochen. Auch dieſer Satz, ſo vielfach er gelehrt wird, iſt nicht richtig. Der Eigenthümer des Ritterguts iſt dominus, denn er hat die volle Herrſchaft und Dispoſitionsbefugniß über ſein Grundſtück (wenigſtens liegt in der Qualification des Grundſtücks als Rittergut kein Grund der Beſchränkung). Er kann aber auch nicht mehr als dominus ſein, denn unbedingte Herrſchaft iſt ein abſoluter Begriff. Daß der Eigenthümer nebenbei noch andere Rechte an anderen Sachen und gewiſſe perſönliche Rechte hat, daß er manche Verpflichtungen, welche nach der Größe des Grundbeſitzes bemeſſen zu werden pflegen, nicht oder in anderer Weiſe hat, betrifft ſein Rechtsverhältniß zu ſeinem Gute — ſein dominium nicht. Daſſelbe gilt vom Eigenthümer eines Bauernguts. Betreffs ſeines Guts iſt der Bauer dominus, nichts als dominus und nicht mehr als dominus; daß er daneben noch beſondere Laſten zu tragen hat, afficirt ſein Verhältniß zum Gute nicht. Wie eine ſolche Verbindung aufzufaſſen iſt, davon nachher. Wie wenig die beſonderen Rechte und Pflichten der Eigenthümer von Ritter- und Bauerngütern aus dem Eigenthume derſelben hervorgehen, zeigt ſich dadurch am deutlichſten, daß auch diejenigen, welche nur umfaſſende jura in re aliena an derartigen Gütern haben, dieſelben Rechte und Pflichten haben; der Lehnsmann und der Colon, der Ehemann der Berechtigten, der Vormund und der Interimswirth, alle haben ſie dieſelben Rechte und Pflichten, nicht aber kommen dieſelben dem Eigenthümer zu, wenn derartige dingliche Rechte bei anderen ſind oder die Ausübung ſeiner Rechte durch die Rechte Anderer ſuſpendirt iſt. — Wollte man aber auch die behauptete Modification des Eigenthums wirklich annehmen, ſo würde ſich eine ſolche Modification immer noch nicht als ein Ausfluß des Princips darſtellen, daß

der Eigenthümer die Sachen ihrem ſittlichen Zweck gemäß zu gebrauchen berechtigt und verpflichtet ſei. Es wird nicht leicht jemand verkennen, daß der Grundbeſitz je nach ſeiner Größe, ſeiner Lage verſchiedene ſittliche Zwecke, um mit dem Verf. zu ſprechen, habe, aber wo liegt der Unterſchied zwiſchen dem ſittlichen Zweck des Bauernguts und des gleich großen Ritterguts, oder wie geſtaltet ſich das Verhältniß, wenn ein kleines zerſtückeltes Rittergut neben größeren arrondirten Bauerngütern liegt? Ließe ſich hier das behauptete, verſchieden qualificirte Eigenthum a priori rechtfertigen? Aus der Nebeneinanderſtellung: „Herrſchaften, Rittergüter, ſtädtiſche Grundſtücke, Bauerngüter“ (S. 225) glaube ich erkennen zu dürfen, daß der Verf. die ſittliche Rechtfertigung aus dem Stande der Eigenthümer herholen will, und daher richtiger dieſen Worten die Worte: Güter des hohen Adels, der Städtebürger, der Bauern ſubſtituiren dürfte. Will man nun auch zugeben, daß dieſe Güter gerade durch die Stellung ihrer Eigenthümer einen verſchiedenen ſittlichen Zweck haben, ſo zeigte ſich dadurch ja gerade, wie es nicht die urſprüngliche Qualität des Grundſtücks iſt, welche beſtimmend einwirkt, ſondern das Verhältniß des Eigenthümers. Der Verf. mußte natürlich, wollte er nicht in einen Kreisſchluß gerathen, von der factiſchen Verſchiedenheit der Sachen ſelbſt ausgehen. Aber auf dieſem Wege trifft man freilich auf keinen entſprechenden Rechtsſatz. Ein großer Gutscompler mag einen anderen ſittlichen Zweck haben, als ein kleines Krautland, aber dieſe Verſchiedenheit begründet an ſich eine rechtliche Verſchiedenheit nicht.

Wenn der Verf. den Satz, daß das germaniſche Eigenthum keinen allgemein gültigen Inhalt habe, ſondern denſelben erſt durch die Individualität des Objects erhalte, durchführen wollte, ſo mußte er darthun, daß alle Sachen, in ſpecie alle Grundſtücke, eine beſondere Individualität hät-

ten, d. h. daß bei jedem zu dem allgemeinen Begriff Grundstück noch besondere rechtlich bedeutsame Merkmale hinzuträten, daß kein Grundstück nur lediglich Grundstück, sondern immer qualificirtes Grundstück sei. Dieß scheint er auch behaupten und in der berührten Nebeneinanderstellung: Herrschaften, Rittergüter, städtische Grundstücke, Bauerngüter, eine umfassende Eintheilung sämmtlicher Grundstücke geben zu wollen. Nun haben aber die städtischen Grundstücke eine besondere „rechtliche Individualität" nicht, es existiren ferner in vielen Gegenden des ältesten Deutschlands eine Menge von Grundstücken, welche, ohne von Städtebürgern besessen zu sein, von jeder besonderen Last frei, aber auch nicht besonders privilegirt, die eben nichts als Grundstücke schlechtweg sind. Woher soll das Eigenthum an diesen seinen Inhalt nehmen? Woher nahm das Eigenthum seinen Inhalt, ehe noch die Rechte des niederen Adels immobiliarisirt, oder, um noch weiter zurückzugehen, ehe vogteiliche Abgaben auf die Güter gelegt waren?

§. 25.

Rechte des Eigenthümers.

Die in Betreff des Eigenthumsbegriffs vorhandene Verschiedenheit findet der Verf. auch in den einzelnen in dem Eigenthum enthaltenen Rechten.

1) Das Recht des Fruchtgenusses stehe nach römischem Recht dem Eigenthümer zu aus dem Grunde, weil die Früchte durch die im Eigenthum stehende Sache erzeugt seien, einerlei, ob er oder ein Anderer gesäet habe; nach germanischem Recht dagegen habe der Eigenthümer nur das Recht auf Fruchtgewinnung, und das Recht auf die Industrialfrüchte sei folglich dadurch bedingt, daß er den Boden auch wirklich bebauen könne und bebaue. Nicht auf der Thatsache

des Eigenthums, ſondern darauf, daß er in Betreff der Fruchtgewinnung dasjenige thue, was ihm als Eigenthümer obliegt, beruhe ſeine ſittliche Berechtigung zum Genuß der Früchte.

Dieſe Sätze haben, wenn man von der traditionellen Auffaſſung des „verdienten Guts“ ausgeht, manches Wahrſcheinliche für ſich, ja ſie ließen ſich namentlich dadurch ſtützen, daß, während die Früchte auch nach der Separation nach römiſchem Recht noch ihre Beziehung zum Grundſtück behalten und mit dieſem herausgegeben werden müſſen, nach deutſchem Recht, wie dieß Heimbach ausführt, dieſe ihre Eigenſchaft mit der Separation verloren geht. Trotzdem iſt aber der Unterſchied nicht begründet. Was der Eigenthümer aus dem Gute nimmt (das he dar ut nimt), das iſt ſein, weil es auf dem Gut vorhanden iſt, mögen dieß beliebige Acceſſionen oder Früchte ſein, mag es rechtlich oder factiſch mit dem Gute verbunden ſein. Das gezogene Getreide erwirbt er, wie die wilde Frucht, wie den Bienenſchwarm, der ihm zufliegt, und das Obſt, das ihm zufällt. Gerade daß er dieſe letzteren Sachen auch erwirbt, zeigt, wie prägnant der Begriff der abſoluten Herrſchaft im deutſchen Recht hervortritt. Eine beſondere Berückſichtigung derjenigen Früchte, welche einer Thätigkeit ihre Entſtehung verdanken, findet ſich nur, wo eine Colliſion mehrerer, aus verſchiedenen Gründen zum Fruchterwerb Berechtigter vorhanden iſt. Eine derartige Berückſichtigung findet ſich aber auch bei der Frage nach dem Fruchterwerb durch den redlichen Beſitzer im älteren römiſchen Recht [1]). Der Anſicht des Verfs. widerſprechen ganz direct zwei Stellen des Sachſenſpiegels [2]), in welchen dem Eigenthümer, und nicht dem-

1) Heimbach, Lehre von der Frucht. S. 40 ff. 251 ff. Mit Bezug auf dieſe ältere Anſicht ſprechen die Inſtitutionen dem bonae fidei possessor die Früchte zu pro cultura et cura (verdientes Gut).

2) Sachſenſp. II. 46. §. 1. 2. II. 58. §. 3.

jenigen, welcher den Boden beſtellt hat, die Ernte zugeſprochen wird. Ebenſo iſt auch in den Sätzen über den Erwerb der dem Eigenthümer, reſp. irgendwie Nutzungsberechtigten eines Gutes als ſolchem zuſtehenden Zinſen und Zehnten das Moment der Herrſchaft über das Gut am Tage des Fälligwerdens hervorgehoben, einerlei, ob dieſe Präſtationen Aequivalente für Ueberlaſſung von Gutstheilen ſind oder nicht.

Der Verf. leitet aus den aufgeſtellten Sätzen „die allgemeine Regel des älteren Rechts her, daß, wenn der Eigenthümer ſein Vermögen nicht ſelbſt verwalten könne, der Vormund, der die Laſt der Verwaltung trägt, auch die Früchte zu ziehen berechtigt ſei (tutela fructuaria, Nießbrauchsrecht des Vaters und Ehemanns, Lehnsvormundſchaft, Interimswirthſchaft), ſowie das Inſtitut des Altentheils.“ Daß die meiſten der angeführten Beiſpiele nicht als Ausflüſſe des behaupteten Satzes angeſehen werden können, leuchtet von ſelbſt ein [3]). Was die viel bezweifelte tutela usufructuaria betrifft, ſo ſind über deren eigentliche, mehr thatſächliche als rechtliche Bedeutung die Ausführungen von Kraut [4]) zu vergleichen, bei der Lehnsvormundſchaft liegt es aber ſehr nahe, daß nicht die Laſt der Verwaltung des Guts, ſondern die Leiſtung der Lehndienſte es iſt, wofür die Früchte des Lehnguts das Aequivalent bilden.

Der Verf. behauptet zum Schluß, „auch in anderer Weiſe ſei das Recht der Fruchtgewinnung noch verſchieden.“ Nach römiſchem Recht ſei daſſelbe unbeſchränkt, der Eigenthümer könne den Boden benützen, ganz wie es ihm beliebe und am vortheilhafteſten ſcheine; nach deutſchem Princip unterliege auch dieſes Recht den durch das Gemeinwohl und billige

3) Vergl. oben S. 107.
4) Vormundſchaft. Bd. II. S. 83.

Rückſicht auf Dritte geforderten Beſchränkungen. „Daher z. B. bei kleineren Grundſtücken, wie Stadt- und Bauernfeldern, welche in Bezug auf die Weide ein wirthſchaftliches Ganze bilden müſſen, obrigkeitliche Regulirung der Wirthſchaft, bei größeren Gütern Verbot der willkürlichen Bauernlegung, bei Forſten und Bergwerken Oberaufſicht des Staats oder Regalität u. ſ. w.“

Beſchränkungen des Eigenthums, welche auch auf die Fruchtziehung Einfluß haben, kommen allerdings vor, beziehen ſich aber nicht direct auf das Recht der Fruchtgewinnung. Die localrechtlich feſtgeſtellte gleichmäßige Bewirthſchaftung der in einer Flur oder einem Flurtheil liegenden Grundſtücke hat als rechtlichen Inhalt eine Beſchränkung des Eigenthums durch Servituten — Wege- und Weideſervituten. Wegen der Exiſtenz dieſer Servituten iſt allerdings der Einzelne nicht berechtigt, eine ſolche Cultur vorzunehmen, welche die Ausübung der Servitut unmöglich machte, oder thatſächlich nicht im Stande, ſolche Früchte zu bauen, welche durch Ausübung der Servitut zerſtört würden. Dieſelbe mittelbare Wirkung hat aber auch eine durch Privatdispoſition aufgelegte Servitut. Aus dem römiſchen Reich ſind, ſoviel mir bekannt, keine derartigen Beſtimmungen aufbewahrt; durch die muſterhafte Sorge für Wege und Weideland war wol auch meiſtens kein Grund dazu vorhanden; wo jedoch das Bedürfniß dazu trieb, mögen ſicherlich auch derartige Sätze localrechtlich ſich gebildet haben [5]). Das vom Verf. weiter ange-

5) Wenn wir eine Menge von Rechtsverhältniſſen, welche ihrer Natur nach nur eine localrechtliche Berückſichtigung finden können, in den Quellen des römiſchen Rechts nicht erwähnt finden, ſo iſt dieß bei der Natur der letzteren begreiflich. Die Erwähnung particulärer und localer Rechtsnormen in denſelben iſt ja immer nur eine Zufälligkeit. Deßhalb iſt es aber auch verwerflich, germaniſche ſpecifiſche Localrechtsſätze den gemeinen römiſchen Rechtsſätzen gegenüberzuſtellen.

führte Verbot der willkürlichen Bauernlegung enthält nicht eine aus billiger Rückſicht auf Dritte entſpringende Eigenthumsbeſchränkung, ſondern eine Anerkennung der bäuerlichen Rechte. Was endlich die vom Verf. noch angeführten Beſchränkungen durch Regalien und Oberaufſicht des Staats betrifft, ſo kennt dieſe das alte Recht nicht, ja ſie ſtehen ſogar mit der altgermaniſchen Auffaſſung in völligem Widerſpruch. Die Oberaufſicht iſt das Product einer höheren Ausbildung der Staatsidee, die Regalien aber dürften bei dem unverkennbaren Einfluß römiſcher Staatsanſchauungen auf ihre Ausbildung mit Unrecht dem römiſchen Recht opponirt werden [6]).

Unter Nr. 2 wird der Grundſatz des römiſchen Rechts, daß der Eigenthümer ſo weit, als die factiſche Möglichkeit reicht, über die Subſtanz disponiren könne, dem germaniſchen Princip entgegengeſtellt, nach welchem das Recht der Dispoſition über die Subſtanz durch die Natur und den höheren ſittlichen Zweck der einzelnen Sachen beſtimmt werde. Daher der Unterſchied zwiſchen fahrender Habe und Immobilien. Erſtere ſei ihrer Natur nach zum Verbrauche beſtimmt, deßwegen ſei der Eigenthümer auch befugt, über die Subſtanz zu verfügen. Der Grund und Boden ſei aber bleibend zur Ernährung des Menſchengeſchlechts beſtimmt und aus der Natur des Proceſſes der Fruchterzeugung ergäben ſich beſtimmte Regeln über Bebauung und Theilung des Bodens. Zu große und zu kleine Güter hätten für den Wohlſtand und das ganze ſittliche und politiſche Leben des Volks die nachtheiligſten Folgen. Der Eigenthümer ſei deßhalb in ſeiner Dispoſition über die Subſtanz beſchränkt. Das Gemeinwohl ſei bei der richtigen Theilung des Grundeigenthums weſentlich intereſſirt, und daher hätten ſich die Grundſätze ganz natürlich

6) Vergl. z. B. die verſchiedenen Beſchränkungen, welche der Titel des Cod. Theod. de metallis enthält.

entwickelt, daß die Verfaſſung des Grundeigenthums Gegenſtand des öffentlichen und Gemeinderechts ſei, welches auf die beſtehende Eintheilung des Grundeigenthums eine Menge anderer ſtaatlicher und communaler Einrichtungen gründe, und daß Veränderungen daran nur mit Einwilligung der Staats- und Gemeindeobrigkeit vorgenommen werden könnten. Dieſer Grundſatz werde theils mit voller Strenge feſtgehalten, theils gelange er wenigſtens inſofern zur Geltung, als dem ſpäteren Eigenthümer die Wiederherſtellung des früheren Zuſtands durch Reunions-, Reluitions- und Retractsrecht möglich gemacht werde.

Es ſoll hier keineswegs die beſondere Geſtaltung des deutſchen Immobilienrechts geläugnet werden, der Ausgangspunct des Verfaſſers iſt aber ein ganz irriger. Eine nationalökonomiſche Rückſicht in Betreff der Theilbarkeit des Grund und Bodens kennt das alte Recht nicht. Ein Verbot der totalen und partiellen Veräußerungen aus dieſem Grunde exiſtirt nirgends. Ja, in den Traditionenverzeichniſſen kommen neben tradirten mansi vielfältig einzelne Grundſtücke vor [7]). Die Theilung der Immobilien unter alle Erben, oder wenigſtens die männlichen, würde ſich damit auch nicht vertragen haben [8]), und die Nichtconcurrenz der öffentlichen Gewalt bei Erbtheilungen zeigt deutlich, daß der Staat oder die Gemeinde ſich um die Größe des Grundbeſitzes des Einzelnen nicht bekümmerte. Der vom nationalökonomiſchen Standpunct ſicher-

7) Auch in den Capitularien werden halbe mansi, parvulae possessiones erwähnt. Der Sachſenſpiegel geſtattet ausdrücklich die Veräußerung ohne des Richters Erlaubniß; die l. 34. §. 1 aufgeſtellte Beſchränkung beruht auf ganz anderen als den vom Verf. angeführten Gründen.

8) Wenn man in Deutſchland die Sitte des Zuſammenbleibens der Güter begünſtigte, ſo findet ſich daſſelbe im alten Rom vor. Vergl. Mommſen, Römiſche Geſchichte. Bd. 1. S. 126.

lich nicht zu rechtfertigenden Anhäufung des Grundbeſitzes in der Hand der Kirche trat das Recht im öffentlichen Intereſſe nicht entgegen. Erſt lange nach der Reception des römiſchen Rechts fangen einzelne Geſetzgebungen an, aus nationalökonomiſchen Gründen, öfters auch lediglich aus finanziellen (wegen der Schwierigkeit der Steuererhebung), die Zerſchlagung des Grund und Bodens zu unterſagen. —

Die Einwirkung des Staats oder der Gemeinde auf die Vertheilung des Grund und Bodens tritt überall hervor beim Uebergang aus der wol bei allen Völkern in urſprünglichen Zeiten in mehr oder weniger ausgeprägter Weiſe vorkommenden Gemeinſchaft des Grunds und Bodens in Privateigenthum. Dieſer Uebergang kann durch Theilung unter die Glieder der Gemeinſchaft oder durch Zuweiſung durch die Geſammtheit an Einzelne vorkommen. Bei dieſer Gewährung der Rechte an die Einzelnen wird nach beſtimmten Regeln vorgeſchritten, der leitende Grundgedanke iſt aber nur der, daß den Participienten gleiche Theile zugewieſen werden. Dieſe Vertheilung zeigt ſich in den deutſchen Gemeinden und tritt in Rom namentlich in der Anlegung der Colonien hervor. Hier wie dort blieb die Eintheilung fortwährend beibehalten und vom Recht geſchützt, aber nur formell. Um die Veränderung in der Perſon des Eigenthümers bekümmert ſich das Recht nicht. Vergleicht man aber die bei dieſer Vertheilung angewandte Sorgfalt, die gewährte Möglichkeit, die alte Eintheilung ſtreng aufrecht zu erhalten und Streitigkeiten über dieſelbe zu ſchlichten, ſo dürfte vielleicht den Römern hier der Preis zuzuerkennen ſein.

3) Veräußerungsrecht. Der Verf. ſtellt hier dem aus dem römiſchem Eigenthumsbegriff folgenden unbeſchränkten Recht der Veräußerung einzelner Sachen und des ganzen Vermögens durch Geſchäfte unter den Lebenden und von Todes

wegen die aus dem germaniſchen Eigenthumsbegriff fließende ſittliche Beſchränkung der Veräußerung durch die Rechte der nächſten Erben entgegen. „Nur gegen einen zu argen Mißbrauch des Veräußerungsrechts habe das ſittliche Bewußtſein der Römer reagirt, indem es einen wirklichen Verſchwender wie einen Wahnſinnigen behandelt und unter Curatel geſtellt, ferner den enterbten Aſcendenten, Deſcendenten und Brüdern durch die querela inofficiosi testamenti geholfen habe„ u. ſ. w. — Da die Beſchränkungen der Verfügung von Todes wegen erſt unten, beim Erbrecht, abzuhandeln ſind, ſo iſt hier nur das Recht der nächſten Erben bei Veräußerungen unter Lebenden und die Interdiction des Prodigus zu beſprechen.

Die Beſchränkung der Veräußerung der Immobilien durch die nächſten Erben iſt allerdings als Grundſatz des germaniſchen Rechts aufzufaſſen. Daß einzelne ältere Quellen denſelben nicht enthalten, ja vielleicht ſogar ihn als Rechtsſatz nicht anerkennen, iſt gleichgültig, ebenſo wie es gleichgültig wäre, wenn die Behauptung, daß derſelbe überhaupt erſt ſpäteren Urſprungs ſei, bewieſen werden könnte, denn ſo viel müßte doch immer entſchieden angenommen werden, daß derſelbe auf einer durchgehenden ſittlichen Auffaſſung beruht, welche möglicher Weiſe urſprünglich von ſolcher Kraft war, daß ſie einer rechtlichen Realiſirung nicht bedurfte [9]). Aber mit dem Weſen des Eigenthums hat dieſe Beſchränkung nichts zu ſchaffen, ſie hat ihre Wurzeln vielmehr im Familienrecht, und es iſt, rechtlich betrachtet, eine Zufälligkeit, daß ſie nur in Bezug auf das Eigenthum ausgebildet iſt. Der der Beſchränkung zu Grunde liegende Gedanke iſt, daß der Einzelne ſein Vermögen, namentlich das von ſeinen Vorfahren ererbte, nicht für ſich verbrauchen, ſondern ſeinen Erben erhalten ſolle. Der-

9) S. o. S. 19.

ſelbe Sittenſatz iſt aber auch in dem römiſchen Recht anerkannt in der Behandlung des Prodigus. Die Befürchtung der Entfremdung des ererbten Familienvermögens iſt der Grund der Interdiction, und zwar im alten Recht der ausſchließliche [10]). Erſt ſpäter wurde auch im eigenen Intereſſe des Verſchwenders, reſp. des Staats, die Interdiction vorgenommen.

Gegen die Auffaſſung, daß die Veräußerungsbeſchränkung des germaniſchen Rechts zum Erhalten des Familienvermögens dienen ſolle, kann man allerdings einwenden, daß die unentgeldliche Veräußerung der Mobilien nicht unterſagt ſei, hingegen die Beſchränkung auch die entgeldliche Veräußerung der Immobilien umfaſſe. Der Einwurf verliert aber ſeine Bedeutung, wenn man die thatſächliche Stellung der Mobilien und Immobilien im früheren Mittelalter ins Auge faßt. Die Mobilie iſt überall nur von untergeordneter Bedeutung, lediglich ihr Gebrauchswerth wird berückſichtigt, nicht ihr Capitalwerth; als eigentlicher Stock des Vermögens erſcheinen daher nur die Immobilien. Ferner iſt die geringe Entwickelung der Verkehrsverhältniſſe zu berückſichtigen.

In Zeiten eines ausgebildeten Verkehrs erſcheint der Verkauf von Immobilien keineswegs als eine Vermögensverminderung oder läßt an ſich Befürchtungen entſtehen, daß der Kaufpreis nicht erhalten bleibe, denn es iſt vielfache Gelegen-

10) Vergl. die Rechtfertigung der Interdiction eines Fabiers bei Valerius Maximus III, 5: Neque in tanta civitate, qui illud decretum reprehenderet, inventus est, dolenter enim homines ferebant pecuniam, quae Fabiae gentis splendori servire debebat, flagitiis disjici. Ferner die Interdictionsformel bei Paulus III, 4. §. 7: Quando tua bona paterna avitaque nequilia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis ob eam rem tibi ea re commercioque interdico. Nach Ulpian (XII. §. 3) endlich bezogen ſich die Beſtimmungen der XII Tafeln nicht auf den Liberten und denjenigen, welcher den Vater teſtamentariſch beerbt hatte.

heit vorhanden, den Kaufpreis nutzbar anzulegen, ſo daß er dieſelben, reſp. größere Früchte abwirft, als die verkauften Immobilien. Wo aber, wie dieß in den Zeiten des altgermaniſchen Rechts der Fall war, der Verkehr äußerſt beſchränkt und die Nutzbarmachung einer Geldſumme, wenn nicht unmöglich, ſo doch ſehr ſchwierig iſt, liegt es nahe, daß man auch in einem Verkauf von Immobilien eine Gefahr für die Integrität des Vermögensſtamms erkannte und daran die Befürchtung einer eventuellen Benachtheiligung der Erben knüpfte. Das alte Recht unterſchied daher auch nicht zwiſchen entgeldlicher und unentgeldlicher Veräußerung.

Nicht jede Veräußerung muß aber nothwendig eine Benachtheiligung der Erben enthalten, oder es lag nicht überall ein Grund vor, die Anſprüche der Erben zu ſchützen. Das erſtere war dann der Fall, wenn für den Kaufpreis eine andere, gleich werthvolle Immobilie erworben oder eingetauſcht, ferner aber, wenn vermittelſt des Kaufpreiſes andere Immobilien des Verkäufers aufgebeſſert worden waren [11]). Der Kaufpreis konnte zwar conſumirt, ja der Verkauf ſogar in dieſer Abſicht vorgenommen ſein; war jedoch der Verkäufer durch Noth zu dieſer Conſumtion, reſp. dem Verkauf getrieben, ſo mußte natürlich die Rückſicht auf die Erben in den Hintergrund treten. Endlich konnte aber auch bei unentgeldlicher totaler Veräußerung oder partieller durch Beſtellung dinglicher Rechte eine derſelben zu Grunde liegende ſittliche Rückſicht mit der Rückſicht auf die Erben in Colliſion gerathen und erſtere als die ſtärkere erkannt werden, z. B. bei Leibzuchtsbeſtel-

11) Eine Aufbeſſerung des Grund und Bodens ſelbſt durch Geld, wie es unſerer heutigen Landwirthſchaft geläufig iſt, mag allerdings bei dem niederen Stande der Landwirthſchaft kaum vorgekommen ſein, aber die Einlöſung einer verpfändeten Immobilie, die Ablöſung einer auf dieſelbe radicirten Rente erſcheint ebenfalls als Aufbeſſerung.

lung an die Ehefrau, Schenkungen an die Kirche oder den König.

In den älteren Rechtsquellen finden wir nun auch dieſen Rückſichten in der Art Rechnung getragen, daß der Verkauf aus ächter Noth, die Veräußerung an die Kirche und den König, die Beſtellung einer Leibzucht an die Ehefrau für unanfechtbar erklärt wird, ſonſtige Veräußerungen aber ausdrücklich als unwirkſam bezeichnet werden oder argumento a contrario auf dieſen Rechtsſatz geſchloſſen werden kann. Die Rückſicht auf die ächte Noth führt auch zu dem Satz, daß der Veräußerer das Gut ſeinen Erben zum Verkauf anbieten müſſe. Der erſte oben erwähnte Fall wird meines Wiſſens zwar nirgends berückſichtigt, dieß erklärt ſich aber wol aus der Seltenheit deſſelben und daraus, daß ein geſundes Rechtsgefühl denſelben nie einer rechtlichen Entſcheidung unterwerfen ließ.

Statt daß nun aber die ſpätere Rechtsbildung dieſe Rechtsſätze in conſequenter Weiſe weiter ausgebildet hätte, hielt man ſich vielfach an ein äußeres Moment. Um gegen Anfechtungen ſicher zu ſein, ſuchte man ſich von denjenigen Perſonen, von welchen eine ſolche möglicher Weiſe vorkommen konnte, regelmäßig die Zuſtimmung zu verſchaffen, und zwar ohne Rückſicht, ob die Veräußerung als ſolche anfechtbar war oder nicht. Die Häufigkeit dieſes Gebrauchs mochte auch Gerichte, vor welchen die Veräußerung vorgenommen werden ſollte, veranlaſſen, dieſelbe nicht eher anzuerkennen, als bis der Conſens der Erben beigebracht war, und ſo konnte man dahin kommen, für die Gültigkeit jeder Veräußerung von Immobilien die Zuſtimmung der Erben zu verlangen. So formulirt nun auch der Sachſenſpiegel bekanntlich den Rechtsſatz. Hätte dieſe Formulirung dem Inhalt des Rechtsſatzes ſelbſt genau entſprochen, ſo hätte derſelbe freilich eine andere Bedeutung als im älteren Rechte erhalten. Nicht mehr eine in

der Sitte begründete Rückſicht auf Erhaltung des Familienvermögens konnte als Motiv des Satzes erſcheinen, ſondern er ſtellte ſich dar als Anerkennung eines willkürlich auszuübenden Rechts der Erben an den Immobilien ihres Verwandten.

Die allgemeine Formulirung des Sachſenſpiegels entſpricht jedoch nicht dem Inhalt des geltenden Rechtsſatzes, und zwar ſcheint mir dieß aus inneren Gründen mit Nothwendigkeit hervorzugehen. Im Fall ächter Noth kann es unmöglich in der Willkür der Erben geſtanden haben, ihren Conſens zu verweigern. Das Gleiche gilt von der Beſtellung einer Leibzucht, welche von der Sitte als Pflicht anerkannt war [12]). Daß man dieſe Fälle nicht geradezu als Ausnahmen von der Regel conſtruirte, erklärt ſich daraus, daß durch die vorläufige Unterhandlung mit den Erben im erſten Fall dieſe Gelegenheit erhielten, dem Bedürfniſſe des Verkäufers abzuhelfen und ſo das Gut zu erhalten oder es ſelbſt zu kaufen, wie ja die lex Saxonum ein vorgängiges Anbieten an die Erben kennt; im zweiten Fall aber erſchien eine Zuziehung der Erben angezeigt, um die Beſtellung einer übermäßigen Leibzucht zu verhindern. Pflegte man alſo auch in dieſen Fällen die Erben zuzuziehen, ſo iſt es doch abſolut undenkbar, daß es in der Willkür derſelben gelegen haben könnte, dem Eigenthümer die Aufhebung ſeiner Noth durch Verkauf des Guts oder die Beſtellung einer Leibzucht geradezu unmöglich zu machen [13]). Ob hier nach dem Rechte des Sachſenſpiegels

12) Vergl. Haſſe in der Zeitſchrift für geſch. Rechtswiſſenſch. Bd. IV. S. 74. v. Sydow, Erbrecht nach den Grundſ. des Sachſenſp. S. 192. Dagegen iſt Siegel, Das deutſche Erbrecht, S. 95, nach welchem „aus dem Stande unſerer Rechtsquellen deutlich erhellen ſoll, daß die Sitte keineswegs dem Recht derogirt hatte (?)."

13) Ich glaube ſogar noch weiter gehen und behaupten zu können, daß auch dann der Erbe mit einer Vindication nicht durchdringen

der Consens nach vorgängiger causae cognitio ausdrücklich vom Richter supplirt oder über die Verweigerung stillschweigend hinweggegangen und eine spätere Anfechtung abgewiesen wurde, wissen wir nicht. Eins von beiden muß aber geschehen sein, und jedenfalls erscheint dadurch der Satz in seiner Allgemeinheit modificirt, resp. die ersten Worte des Sachsenspiegels I. 52. stellen das Rechtsverhältniß mehr von der äußeren Seite dar, als daß sie eine genaue Formulirung des Rechtssatzes enthielten.

Ich kann mich daher auch nicht dazu verstehen, mit Gerber [14]) den Grund der Veräußerungsbeschränkung in der politischen Bedeutung des Grundbesitzes für die gesammte Familie zu finden. Einmal sprechen die von ihm selbst S. 11 angeführten Stellen dagegen, nach welchen ein bestimmtes Minimum des Grundbesitzes zur Erhaltung der politischen Stellung des Eigenthümers genügte, während die Veräußerungsbeschränkung durch die Erben sich auf jede Veräußerung bezog, auch wenn dieß Minimum erhalten blieb; ferner aber hätte sich nothwendiger Weise der Satz ausbilden müssen, daß jeder Erbe, auch der entfernteste, consentiren müsse [15]).

konnte, wenn der Erblasser das Gut veräußert hatte, um ein anderes Gut von nicht geringerem Werth zu kaufen oder um den Kaufpreis zur Einlösung einer anderen Immobilie zu verwenden und dieß wirklich geschehen war. Für den Fall, daß der Erbe nur eine geringe Mobiliarerbschaft erhalten hatte, aus welcher er ja allein den Käufer schadlos zu halten verpflichtet war, hätte in der Vindication eine zu schnöde Bereicherung zum Nachtheil eines Anderen gelegen.

14) Meditationes ad locum speculi Saxon. I, 52. Die Erklärung von Sandhaas, Germanistische Abhandlungen. S. 101 ff., scheint mir nicht als eine Erweiterung der Ansicht Gerber's aufgefaßt werden zu können.

15) Ich gebe zu, daß feste Bestimmungen darüber, wer von den Erben consentiren mußte, in den älteren Zeiten, und selbst vielleicht noch nach dem Recht des Sachsenspiegels, nicht vorhanden waren, jedenfalls fehlt es an Anhaltspuncten, um in den Urkunden, welche

Wenn nun aber ſonach die der Beſchränkung der Veräußerung der Immobilien zu Grunde liegende Anſchauung mit derjenigen übereinſtimmte, welche die römiſche Interdiction des Prodigus hervorgerufen hat, ſo iſt freilich die Form, in welcher ſich dieſe Anſchauung in beiden Rechten geltend macht, eine verſchiedene. Hier iſt von vorn herein die Veräußerungsbefugniß beſchränkt, dort tritt eine Beſchränkung nur ein, wenn die Handlungsweiſe des zu Beſchränkenden zu der Befürchtung berechtigt, daß er ſein Vermögen verſchwenden werde. Hier betrifft die Beſchränkung nur die Veräußerung der Immobilien, dort jede Verfügung über das Vermögen. Die letztere Verſchiedenheit iſt im Vorhergehenden ſchon berührt worden, die erſtere beruht auf ihr. In Rom hat, in den Zeiten wenigſtens, aus welchen wir einigermaßen genauere Kunde haben, die Mobilie ſchon eine hohe Bedeutung erlangt, Darlehnsgeſchäfte waren häufig, es war daher leicht, eine größere Geldſumme auch ohne Anlegung in Grund und Boden ſicher nutzbringend zu machen. Der Verkauf einer Immobilie konnte daher einerſeits an ſich nichts Nachtheiliges für die Erben haben, auf der anderen Seite erſchien aber durch leichtſinniges Verfahren bei Veräußerung von Mobilien oder bei Eingehung von Obligationen ihr Intereſſe in hohem Grade gefährdet, ſo daß eine gleichmäßige Behandlung ſämmtlicher Dispoſitionen gerechtfertigt erſchien, ein rechtliches Einſchreiten aber nur unter der Vorausſetzung erfolgen konnte,

„in der mannichfachſten Abwechslung" bald die nächſten Erben allein, bald auch entferntere als conſentirend anführen, „das Thatſächliche von dem, was Rechtens war," zu unterſcheiden, wie dieß Siegel a. a. O. S. 96 verlangt. Allein nach den ſpäteren Quellen iſt nur der Conſens des nächſten Erben erforderlich, und wenn es ſich wirklich um das Intereſſe der ganzen Familie handelte, ſo mußte auch ſchon im älteren der Satz ſich ausgebildet haben, daß alle Erben zu conſentiren hatten.

daß die Prodigalität thatſächlich documentirt war. Bei den Germanen erſchien dagegen, wie erwähnt, jede Veräußerung von Immobilien bedenklich, die Gefahr für die Erben brauchte nicht durch das anderweite Verfahren des Veräußernden wahrſcheinlich gemacht zu ſein, ſie lag in der Veräußerung ſelbſt [16]). Kennt ja auch das römiſche Recht eine rechtliche Beſchränkung ſolcher Veräußerungen, in welchen die Prodigalität ſelbſt zu Tage liegt. So großes Dunkel auch noch über der lex Cincia ſchweben mag, ſo viel iſt doch ſicher, daß das Recht nicht unbedingt die Rechtsbeſtändigkeit aller Schenkungen, namentlich der Schenkungsverſprechen, anerkannte [17]), und die Hervorhebung der Verwandten unter den personae exceptae in Verbindung mit den entſprechenden Beſtimmungen der lex Furia u. ſ. w. rechtfertigt die Annahme, daß auch hier die Sorge für die Erhaltung des Vermögens in der Familie ein beſtimmendes Moment war.

4) Recht der Ausſchließung Dritter. „Die in dem Begriff des Eigenthums als Einzelrechtes liegende Befugniß, Dritten die Vornahme von Handlungen zu unterſagen, zu welchen der Eigenthümer als ſolcher befugt iſt, und welche daher, vom Nichtberechtigten vorgenommen, einen Eingriff in das Recht des Eigenthums enthalten — dieſe Befugniß, dieſes Ausſchließungsrecht ſei im römiſchen Recht unbedingt. Wer wider Willen des Eigenthümers ein Grundſtück betritt, eine Sache, wenn auch nur zum einſtweiligen Gebrauch, wegnehme, begehe eine Injurie, ein furtum. Nach

16) Als die Bedeutung der Mobilie und der perſönlichen Schuld wuchs, mußte auch bei den Germanen der römiſche Geſichtspunct in den Vordergrund treten.

17) Der Einwand, daß vor der lex Cincia derartige Beſchränkungen nicht ſtattgefunden hätten, iſt unerheblich. Der Rechtsſatz entſteht, wie ſchon zum öfteren bemerkt wurde, wenn ſeine Zeit gekommen iſt, aus dem Sittenſatz, der ſich vorher durch ſich ſelbſt realiſirt.

dem dem germaniſchen Recht zu Grund liegenden Princip, daß die Menſchen verpflichtet ſind, ſich in allen rechten und ſittlichen Dingen beizuſtehen, ſei der Eigenthümer auch rechtlich verpflichtet, einem Dritten die einſtweilige Benutzung ſeiner Sache zu geſtatten, oder ihm zur Abhülfe augenblicklicher Noth von ſeinem Eigenthum etwas zu geben. Daraus ſtamme die Rechtspflicht der Gaſtfreundſchaft des alten Rechts, die verſchiedenen Schenkungspflichten, die Berechtigung des Hungernden und Bedürftigen, ſich von den Früchten des Feldes und Waldes zu ſeinem augenblicklichen Bedarf etwas zu nehmen, und als Folge davon das Princip des gemeinen Criminalrechts, daß Forſtfrevel und Entwendung von Feldfrüchten zum augenblicklichen Genuß kein Diebſtahl ſeien. — Aus dieſer Verſchiedenheit der römiſchen und germaniſchen Auffaſſung gingen auch die Unterſchiede in der Lehre vom Diebſtahl hervor."

Ich bin weit entfernt, die extreme Anſicht von den Rechten des Inhabers an Allem, was ſich auf ſeinem Grundſtück befindet, zu vertheidigen: daß aber in dem Eigenthum und dinglichen Nutzungsrecht die unbedingte Befugniß der Ausſchließung jedes Dritten enthalten iſt, daß eine gewaltthätige Entfernung jedes gegen den Willen des Berechtigten Eindringenden völlig erlaubt war, bedarf ſicherlich nicht eines Beweiſes. Der Verf. beruft ſich ſelbſt einmal auf das von dem Einfluß des römiſchen Rechts frei erhaltene engliſche Recht. Er möge doch dieß „germaniſche Recht" mit dem römiſchen vergleichen, und es wird wol kaum zweifelhaft bleiben, wo ſich die Ausſchließungsbefugniß des Eigenthümers prägnanter ausgeſprochen findet [18]).

Wenn der Verf. behauptet, daß die alten germaniſchen Geſetze die Pflicht der Gaſtfreundſchaft zur Rechtspflicht erhö-

18) Ihering a. a. O. Bd. II. S. 164 f.

ben, ſo iſt das ungenau. Die betreffenden zwei Vorſchriften der Capitularien ſchärfen, wie ſo häufig, lediglich die ſittliche und religiöſe Verpflichtung ein, ohne einen bezüglichen Rechtsſatz zu proclamiren. Die lex Burgundionum iſt, ſoviel mir bekannt, die einzige germaniſche Rechtsquelle, welche die Pflicht der Gaſtfreundſchaft als Rechtsſatz ausſpricht. Es muß dieß bei dem Schweigen der anderen Quellen als Zufälligkeit erſcheinen. Die Gaſtfreundſchaft wird bei allen Völkern, ſo lange ſie Bedürfniß iſt, von der Sitte ſo heilig gehalten, daß daß Recht nicht nöthig hat, ſich ihrer anzunehmen; dieß gilt für Römer, wie für Germanen. Wollte man aber auch mit dem Verf. eine Rechtspflicht annehmen, ſo muß es doch mehr als gezwungen erſcheinen, dieſelbe als eine Beſchränkung des dem Eigenthümer zuſtehenden Ausſchließungsrechts aufzufaſſen. Daſſelbe gilt von der Berechtigung des Reiſenden, ſich zum augenblicklichen Bedarf von Feld- und Waldfrüchten etwas zu nehmen. Es liegt darin nichts als eine Anerkennung des Nothſtandes. Alle einſchlägigen Stellen ſind aber ſo gefaßt, daß nicht etwa die Verpflichtung des Eigenthümers zur Ueberlaſſung von Früchten, Futter und Holz daraus abgeleitet werden kann, ſondern lediglich die Strafloſigkeit für denjenigen, der ſich, ſoviel er zur Fütterung des Pferdes, zur Reparatur des Wagens gebrauchte, eigenmächtig wegnahm. Manche Stellen ſchreiben ſogar einen Erſatz an den Verletzten ausdrücklich vor. Was über die geringen Quantitäten von Früchten, welche man beim Vorübergehen ungeſtraft pflücken darf, geſagt wird, läßt ſich oft als eine Exemplification des Satzes minima non curat praetor auffaſſen. Mit dieſen Beſtimmungen hängt aber die mildere Beſtrafung der Entwendung von Feldfrüchten und der Forſtfrevel nicht zuſammen. Was den Getreidediebſtahl betrifft, ſo beſtrafen ihn die älteſten Rechte gerade beſonders hart. Die ge-

ringere Beſtrafung desjenigen, der Gras oder Bäume abhaut und Fiſche in fließenden Gewäſſern fängt, erklärt ſich, wenn man den Gegenſatz der höheren Beſtrafung des Diebſtahls des ſchon gehauenen Graſes und Holzes, der geſetzten und Fruchtbäume und der Fiſche aus Teichen ins Auge faßt [19]), in ganz anderer Weiſe. Nach dem Princip der Brüderlichkeit muß es ja völlig gleichgültig ſein, ob ich ſchon ſeparirte Sachen entwende oder ſie erſt ſelbſt ſeparire. Nach dem Princip des Verfs. müßte aber auch eine derartige Entwendung völlig ſtraflos bleiben und nicht nur geringer beſtraft werden.

Was der Verf. weiter über den Diebſtahl beibringt, iſt zum Theil irrig, wie z. B. der Gegenſatz des römiſchen furtum manifestum und der höheren Beſtrafung des nächtlichen Diebſtahls in Deutſchland. Zuſammenzuſtellen ſind furtum manifestum und Erfaſſen des Diebs auf handhafter That, nächtlicher Diebſtahl nach deutſchem und nach römiſchem Recht. Beiderlei Fälle werden von beiden Rechten gleichmäßig behandelt. Ganz communiſtiſch klingt es, wenn der Verf. das Princip der Verpflichtung, dem Anderen in allen rechtlichen und ſittlichen Dingen beizuſtehen, mit der Berechtigung jedes Dritten combinirt über die Exiſtenz ſolcher ſittlichen Verpflichtungen ein Urtheil zu fällen. Conſequent, ſollte man meinen, müßte hieraus die Strafloſigkeit jedes Diebſtahls deducirt werden; der Verf. ſchließt aber ſo: „Von einem Diebſtahl kann nicht die Rede ſein, wenn derjenige, der eine fremde Sache ſich aneignet, zu der Vorausſetzung ſittlich berechtigt war, der Eigenthümer werde und dürfe als ſittlicher Menſch unter den obwaltenden Umſtänden ſich nicht weigern, ihm die Sache zu geben oder zu leihen. Daher fällt zunächſt die Wegnahme einer Sache zum einſtweiligen Gebrauch im Gegenſatz

19) Vergl. Sachſenſp. II. 28, C. C. C. 167—169.

zum römiſchen Recht überall nicht unter den Begriff des Diebſtahls. Daher wird ferner der dem römiſchen Recht gleichfalls unbekannte Unterſchied zwiſchen kleinem und großem Diebſtahl gemacht, da die erwähnte Vorausſetzung, von der Jemand bei Entwendung von Kleinigkeiten möglicher Weiſe, wenn auch mit Unrecht, ausgehen mochte, bei Sachen von größerem Werth jedenfalls nicht als möglich zugeſtanden werden kann."

Abgeſehen von der factiſchen Unbegründetheit der aufgeſtellten Präſumtionen (wer wird es wol für denkbar halten, daß ein armer Tagelöhner geneigt iſt, einem Anderen mit ſeinem 12 Thaler werthen einzigen Bett auszuhelfen) wäre aber die nothwendige Conſequenz der aufgeſtellten Principien die geweſen: Die Wegnahme einer Sache zum Gebrauch und ein kleiner Diebſtahl iſt ſtraflos, und es findet auch keine Schadensklage ſtatt.

§. 26.

Beſondere Rechte und Pflichten des Grundeigenthümers.

„Von den Conſequenzen des Eigenthumsbegriffs, welche ſich beſonders beim Grundeigenthum geltend machen," führt der Verf. folgende zwei an:

1) Das gegenſeitige Verhältniß der Nachbarn. „Nach römiſchem Recht kann jeder auf ſeinem Grund und Boden ſchalten, wie er will, ohne Rückſicht darauf, ob dadurch dem Nachbar der Genuß ſeines Eigenthums verkümmert wird oder nicht. Nach germaniſchem Recht werden durch den allgemeinen Grundſatz, daß die Menſchen ſich einander in allen rechtlichen und ſittlichen Dingen beizuſtehen verpflichtet ſind, und daß derjenige, der Jemandem näher ſteht als Andere, auch die nächſte Pflicht zu ſolcher Hülfe hat, beſondere ſittliche Beziehungen zwiſchen den Nachbarn begründet. Dadurch ent-

ſtehen dem römiſchen Recht unbekannte unmittelbare Beſchränkungen der Rechte des Eigenthümers, ſittliche Pflichten werden zu Rechtspflichten erhoben.

Würde der Verf. dieſe Sätze lediglich aufgeſtellt haben, ſo könnte man nach dem Grund fragen, warum er die römiſchen Eigenthumsbeſchränkungen nicht anerkennen wolle. Verwunderung muß es aber erregen, wenn es nach Erörterung des römiſchen Princips heißt: „Eine conſequente Durchführung dieſes Princips iſt jedoch practiſch ohne die größten Nachtheile nicht möglich, und daher finden ſich auch im römiſchen Rechte einzelne Beſchränkungen des Eigenthums zu Gunſten des Nachbarn.“ Wir begegnen alſo hier von Neuem der beliebten Argumentation, römiſche Sätze [1]) für Ausnahmen und Singularitäten zu erklären, während die entſprechenden Sätze des germaniſchen Rechts Ausflüſſe eines willkürlich angenommenen Princips ſein ſollen. Im vorliegenden Falle iſt auch nicht einmal der Verſuch gemacht, dieß irgendwie zu begründen, wenn nicht etwa das Citat der Abhandlung Dirkſen's [2]) als ſolcher erſcheinen ſoll. Der Inhalt dieſer Abhandlung ſelbſt hätte aber den Verf. darauf führen müſſen, daß die Beſchränkungen des römiſchen und deutſchen Rechts einander völlig ähnlich ſind und auf denſelben Principien be-

1) Die Sätze über die aqua pluvia und die cautio damni infecti.

2) Ueber die geſetzlichen Beſchränkungen des Eigenthums nach römiſchem Recht in Zeitſchr. f. geſch. Rechtswiſſ. Bd. II. S. 405. Jeder Andere als der Verf. kann Dirkſen's Anſicht zugeben, daß die Eigenthumsbeſchränkungen des Pandectenrechts ſich auf religiöſe Anſichten, oder auf polizeiliche Maßregeln, oder auf Begünſtigung der Agricultur zurückführen laſſen. Der Verf. aber darf dieß nicht, denn dann würden auch die meiſten der germaniſchen Eigenthumsbeſchränkungen, die noch dazu häufig in den Quellen ſelbſt auf dieſe Gründe zurückgeführt werden, für ſeinen Zweck nichts beweiſen. Er erkennt auch an anderen Orten die Zurückführung vieler Rechtsſätze auf polizeiliche Maßregeln nicht an.

ruhen, ferner aber, daß gewiſſe, in deutſchen Rechten aufgeſtellte Grundſätze im römiſchen Staate beſonderer Einrichtungen wegen nicht nothwendig waren. Zu letzteren gehört namentlich das vom Verfaſſer ausdrücklich angeführte Hammerſchlags- und Leiterrecht und die Anwende. Die Limites bei den Colonialgrundſtücken, der Finis (wenigſtens oft thatſächlich Rain) bei ſonſtigen ländlichen, das legitimum spatium bei ſtädtiſchen Grundſtücken ließen ein Bedürfniß zu derartigen Rechten nicht entſtehen. Vergleicht man die Sätze des römiſchen Rechts über Ueberhang und Ueberfall mit den entſprechenden deutſchen Sätzen, ſo kann nach den vom Verf. ſelbſt aufgeſtellten Principien die Vergleichung nur zu Gunſten der erſteren ausfallen. Wenn mein Baum auf das Ackergrundſtück des Nachbarn hinüberreicht, ſo wird, was hinüberreicht, in deutſchen Rechtsquellen ausdrücklich dem Nachbarn zugeſchrieben [3]), ich ſelbſt darf nur, was in meiner Luftſäule iſt, für mich beanſpruchen. Nach römiſchem Recht hat der Nachbar nur ein Recht auf die überhängenden Aeſte, wenn der Eigenthümer des Stamms dieſelben nicht abnimmt, und nur mit einer Beſchränkung, ſoweit ſie ihm wirklich ſchaden [4]). Bei ſtädtiſchen Grundſtücken iſt aber der Nachbar ſogar verpflichtet, den ganzen Baum wegzunehmen. — Wenn von einem Baum Obſt in des Nachbarn Garten fällt, ſo ſprechen deutſche Rechtsquellen daſſelbe dem Nachbarn (wenigſtens zur Hälfte) zu; das römiſche Recht geſtattet dem Eigenthümer des Baums, die Früchte auf dem Grundſtücke des Nachbarn aufzuleſen, jedoch darf er dieſes Recht auch nicht mißbrauchen und nur über den anderen Tag

3) Vergl. z. B. Kraut, Grundriß. §. 109. Nr. 13—15.

4) Es iſt für uns gleichgültig, ob die unter oder die über 15 Fuß oberhalb dem Boden ſtehenden Aeſte gemeint ſind. Jedenfalls enthält die Beſtimmung eine Beſchränkung der Wegnahme auf das ſchädliche Aſtwerk.

ausüben. Wo liegt hier die ſittlichere Auffaſſung, wo die größere Rückſichtsnahme auf nachbarliche Verhältniſſe?

Die Beſchränkungen des Eigenthums nach römiſchem Recht durch die Verpflichtung zur Aufnahme der aqua pluvia und zur Beſtellung der cautio damni infecti erwähnt der Verf. ſelbſt, führt aber in N. 3 S. 239 als eine intereſſante Anwendung des germaniſchen, im römiſchen Recht nicht anerkannten Nachbarrechts eine Beſtimmung des mecklenburgiſchen Aſſecurationsreverſes von 1621 §. 32 an, worin geſtattet wird, „auf unſtreitigem Grund und Boden, da einer dem andern an Waſſer und Wind keinen Schaden zufügt, unbehindert Mühlen zu haben.“ Nun würde aber auch nach römiſchem Recht der obere Müller den unteren wegen Stauung des Waſſers belangen können und die l. 14 §. 1 C. de servitut. et aqua verbietet ausdrücklich das Verbauen des Windes.

Weit wichtiger aber, als dieſe Beſchränkungen, iſt die genaue Ausbildung der Servitutenlehre. Dirkſen ſelbſt macht auf die Beſtimmung der Servituten, das ſtrenge Recht mit den Forderungen der Billigkeit auszuſöhnen, aufmerkſam. Vor Allem aber iſt der allgemeine Satz hier zu berückſichtigen, der ein civiliter uti der Servituten vorſchreibt.

2) Die obrigkeitlichen Rechte des Grundeigenthümers. Der Verf. bemerkt hierüber Folgendes: Der römiſche paterfamilias iſt abſoluter Herr ſeines Hauſes und Grundeigenthums, und daher befugt, jedem Dritten das Betreten deſſelben zu verbieten, aber er hat nicht richterliche und obrigkeitliche Befugniſſe ihnen gegenüber. Aus der im germaniſchen Recht anerkannten Pflicht jedes Menſchen, das Recht zu ſtärken und das Unrecht zu kränken und aus dem Grundſatz, daß dieſe allgemeine Pflicht allemal da zur beſonderen Verpflichtung wird, wo beſondere Verhältniſſe in einem con-

creten Falle eine bestimmte Person als die zunächst dazu berufene erscheinen lassen, folgt, daß jeder in dem Kreise seiner ausschließlichen Herrschaft die höhere Rechtsordnung zu realisiren den nächsten Beruf hat. Daher ist der Eigenthümer die natürliche Obrigkeit in seinem Hause und auf seinem Grundeigenthum, er hat den Frieden zu wahren und über Zucht und Sitte zu wachen. Den Eintritt in sein Haus, wenn er aus sittlichen Gründen erfolgt, kann er nicht wehren, aber er sorgt dafür, daß der Aufenthalt nicht mißbraucht wird. Auf die im Haus befindlichen Personen erstreckt sich der Friede und diese müssen sich dem Rechte des Hausherrn, den Frieden zu wahren, unterwerfen. Diese obrigkeitliche Gewalt ist verschieden nach den Verhältnissen, sie äußert sich im Pfändungsrecht, in dem Hausrecht und in den gutsherrlichen Rechten. — Von der Abschließung Dritter vom Betreten des Grundeigenthums ist schon im vorigen Paragraphen gesprochen worden. Daß das s. g. Hausrecht nicht aus dem Eigenthum abzuleiten ist, ergibt sich aus dem von dem Verf. selbst als „charakteristische Folge" angeführten Verhältniß des Dienstherrn zum Gesinde. Ist dieß etwa nicht vorhanden, wenn der Herr zur Miethe wohnt oder fortwährend bei Freunden sich besuchsweise aufhält oder auf Reisen ist, ohne eine eigene Wohnung zu haben[5])? Die s. g. gutsherrlichen Rechte können allerdings ein Ausfluß des Eigenthums sein,

5) Der von dem Verf. (S. 242 N. 4) angeführten „Bestimmung des lübischen Rechts (III, 8, 2), wonach der Vermiether den Miethcontract ohne Kündigung aufheben und den Miether aus dem Hause weisen darf (der Verf. läßt aus: „mit des Gerichts Erlaubniß"), wenn dieser „„unzüchtig und unredlich Hauß hielte oder unzüchtige und unredliche Leute hegete"" — kann man die Bestimmung der Nov. 14 entgegenstellen, welche nicht nur die Erlaubniß gibt, den Vermiether, der ein unzüchtiges Gewerbe treibt, auszuweisen, sondern sogar bei schwerer Strafe die Ausweisung vorschreibt.

ſoweit ſie ſich nämlich auf den an Andere ausgethanen, dem Gutsherrn eigenthümlich gehörenden Grund und Boden beziehen, zum großen Theil ſind ſie aber Rechte, welche aus verſchiedenen Gründen einer Perſon andern auf ihrem Gute wohnenden Perſonen gegenüber zuſtanden, und welche allmälig mit dem Recht an dem Grund und Boden ſelbſt in der Art verbunden gedacht wurden, daß man ſie nicht dem urſprünglichen Erwerber und deſſen Univerſalſucceſſoren, ſondern auch dem als Singularſucceſſor das Gut Erwerbenden zuſchrieb. Dadurch wird aber der Begriff des Eigenthums (oder des dauernden dinglichen Rechts) nicht verändert, ſondern er beſteht neben dieſen Rechten fort, und wenn man beide in einen Begriff zuſammenfaſſen will, ſo kann dieſer entſchieden nicht der Eigenthumsbegriff ſein. Das Nebeneinander dieſer Rechte ergibt ſich mit Evidenz daraus, daß die gutsherrlichen Rechte ſich ſehr häufig auch auf ſolche Perſonen beziehen, welche nicht auf dem dem Gutsherrn gehörenden Grund und Boden wohnen, und daß ein Unterſchied zwiſchen dieſen und den Rechten, welche in Betreff der auf ſeinem Grund und Boden wohnenden Perſonen dem Gutsherrn zuſtehen (abgeſehen von den wirklich aus dem Eigenthum fließenden Rechten) nicht exiſtirt; dieß gilt z. B. von der Patrimonialgerichtsbarkeit und ebenſo meiſtens von den von dem Verf. erwähnten Pflichten (Verſorgung der Armen, Sorge für den Schulunterricht), wo dieſe anerkannt ſind [6]). — Hiſtoriſch falſch iſt es, wenn der Verf. den Satz, daß nur der an ſeinem Recht Vollkommene fähig ſei, Grundbeſitz zu erwerben, und die Bevorzugung des Mannsſtamms bei der Succeſſion aus dieſen obrigkeitlichen Rechten des Grundeigenthümers, welche zugleich den Cha-

6) Der Verf. hat hier, wie auch an anderen Orten, immer zu ſehr nur eine Art der bäuerlichen Verhältniſſe, und zwar namentlich die in Mecklenburg ausgebildete, vor Augen gehabt.

rakter der Pflicht trügen, ableiten will. Ebenſo iſt es für die älteren Zeiten falſch, wenn behauptet wird, daß „das Stimmrecht in der Gemeinde, die Landſtandſchaft und Reichsſtandſchaft auf den Häuſern, Rittergütern und Territorien ruhend aufgefaßt werde.“

§. 27.

Gemeinſchaftliches Eigenthum. Juriſtiſche Perſon.

Nach römiſchem Recht, deducirt der Verf., werde in dem Fall, daß dieſelbe Sache mehreren Perſonen gemeinſchaftlich gehöre, das Eigenthum an der gemeinſchaftlichen Sache nach ideellen Theilen getheilt gedacht. Das Recht des Einzelnen coexiſtire neben den Rechten der andern Miteigenthümer ohne Beſchränkung, jeder könne daher beliebig über ſeinen Antheil disponiren, eine Beſchlußnahme und Verfügung über die ganze Sache ſetze die Einſtimmigkeit der ſämmtlichen Miteigenthümer voraus, und jeder Einzelne könne auf Theilung klagen. Nach germaniſchem Recht müſſe zwar auch oder könne wenigſtens das Eigenthum einer gemeinſchaftlichen Sache nach Theilen gedacht werden, der einzelne Miteigenthümer ſei aber nicht der abſolute Herr ſeines ideellen Antheils, ſo daß er über denſelben beliebig und ohne Rückſicht auf das Intereſſe der übrigen Miteigenthümer verfügen könne, ſondern wie der alleinige Eigenthümer durch die Rechte der Erben und Nachbarn, ſo ſei er durch das Verhältniß beſchränkt, in welchem er zu den übrigen Miteigenthümern ſtehe. Dieſes Verhältniß könne nach Entſtehungsgrund und Zweck der Gemeinſchaft ein ſehr verſchiedenes ſein, und deßhalb ſeien keine abſtracten Regeln über alle Gemeinſchaftsverhältniſſe aufgeſtellt, ſondern die Natur des concreten Verhältniſſes über Umfang und Inhalt der an der gemeinſchaftlichen Sache zuſtehenden Rechte, und zwar

ſowol was die Frage nach der Befugniß, Theilung zu verlangen, nach der Uebertragbarkeit des Antheils, der Vererbung deſſelben betreffe, als auch hinſichtlich der Betheiligung oder Nichtbetheiligung des Einzelnen an der Verwaltung und der Art und Weiſe dieſer Betheiligung. Die Bezeichnung dieſer verſchiedenen Arten gemeinſchaftlichen Eigenthums als Geſammteigenthum wird inſofern gebilligt, als dadurch ausgedrückt werde, daß dieſe Gemeinſchaftsverhältniſſe nicht als communio zu behandeln ſeien, jedoch als nicht erſchöpfend, der Natur verſchiedener Gemeinſchaftsverhältniſſe nicht entſprechend und ſchließlich als Verſuch bezeichnet, „von römiſchrechtlichen Vorausſetzungen aus deutſchrechtliche Verhältniſſe zu begreifen.“

Die Art und Weiſe, wie der Verf. die vorliegende Frage behandelt, muß Wunder nehmen. Nach ſeiner Darſtellung müßte man annehmen, daß das römiſche Recht nur eine Form des gemeinſchaftlichen Habens einer Sache das condominium kenne, während im germaniſchen Recht eine Vielheit dieſer Rechtsbildungen vorliege. Der Grund liegt, wie ſo häufig in den Ausführungen des Verfs., darin, daß er dem juriſtiſchen Ausdruck Miteigenthum den nichtjuriſtiſchen Ausdruck Gemeinſchaft (nicht communio) entgegenſtellt.

Wenn irgend ein Vorwurf ungegründet iſt, ſo iſt es der, daß das römiſche Recht den gemeinſamen Intereſſen der in einem Gemeinſchaftsverhältniß ſtehenden jeden Schutz verſagt und dem einzelnen Genoſſen möglich gemacht habe, den Zweck der Gemeinſchaft zu vereiteln. Durch die Anerkennung der juriſtiſchen Perſon hat das Recht ja gerade der Gemeinſchaft den prägnanteſten Ausdruck gegeben, indem es dieſe ſelbſt zum Rechtsſubject erhob. Was angegriffen werden könnte und vielfach angegriffen worden iſt, und wogegen man auch die Angriffe gerade des Verfs. erwarten

durfte, iſt die Schärfe der Faſſung des Begriffs der juriſtiſchen Perſönlichkeit im Gegenſatz zu den Bildungen des germaniſchen Rechts, und es erſcheint daher angemeſſen, dieſen behaupteten Gegenſatz vorerſt ins Auge zu faſſen.

Das römiſche Recht ſieht im Allgemeinen die Rechtsgemeinſchaft als eine Zufälligkeit an. Die Einzelnen ſind, mag die Gemeinſchaft durch Vertrag unter ihnen oder durch äußere Umſtände erfolgt ſein, die einzig berechtigten und verpflichteten Subjecte. Es erkennt aber auch manche Rechtsgemeinſchaften als rechtliche an, und zwar in der Art, daß es die Gemeinſchaft ſelbſt als Vermögensſubject betrachtet. Die als Rechtsſubjecte anerkannten Gemeinſchaften werden aber dadurch nicht etwas durchaus Neues, ſie bilden nicht eine zuſammengehörende Claſſe, ſondern ſie haben nur eine gemeinſame Eigenſchaft. Dieſe Eigenſchaft bezieht ſich zunächſt auf ihre Stellung nach außen und hat ſecundär eine formelle Einwirkung nach innen, durch welche jedoch die freie Entwickelung der einzelnen Gemeinſchaften ihrem concreten Charakter nach nicht beſchränkt, ſondern erleichtert, reſp. bedingt wird.

Ueber vermögensfähige Gemeinſchaften überhaupt hat daher das römiſche Recht auch lediglich den einen Rechtsſatz formulirt, daß ſie eben vermögensfähig ſind (dieſer lautet in einer anderen Faſſung, daß das Vermögen der Einzelnen von dem der Geſammtheit verſchieden iſt), mit der ſelbſtverſtändlichen Conſequenz, daß die Gemeinſchaft ihre Vermögensrechte vor Gericht ſelbſtſtändig vertritt. Die Gemeinſchaften ſelbſt ſind aber ihrem Zwecke nach unter ſich weſentlich verſchieden und haben ſich dieſer Verſchiedenheit gemäß auch verſchieden ausgebildet. Betrachten wir nun die hauptſächlichſten Arten derſelben mit Beziehung auf ihre gemeinſame Eigenſchaft.

Bei den Municipien mag ſich der Begriff der von der Vermögensfähigkeit der einzelnen Municipes geſonderten Vermögensfähigkeit der Gemeinſchaft zuerſt ſcharf ausgebildet haben. Hier erſcheint dieſelbe als nothwendige Rechtsbildung. Das Municipium hat, abgeſehen von ſeinem Vermögen, ſchon eine Perſönlichkeit, d. h. eine Geſammtwillensfähigkeit, welche als ſolche im Staat anerkannt iſt. Eine Thätigkeit des Municipiums auf publiciſtiſchem Gebiet erſcheint nicht als eine Thätigkeit der einzelnen zufälligen Glieder. Der Abgang bisheriger, der Zutritt neuer Municipes hat auf die Stellung des Municipiums keinen Einfluß. Es exiſtirt eine geordnete Verfaſſung, welche durch Autonomie, Obſervanz, Geſetz entſtanden iſt, und gemäß dieſer wird der Wille der Geſammtheit bethätigt. Exiſtirt ein Vermögen, welches zum Nutzen aller in der Geſammtheit Befindlichen als ſolcher oder zu Gemeinſchaftszwecken verwendet werden ſoll, ſo mußte es als gleichſam ſelbſtverſtändlich erſcheinen, die ſchon als ſolche aufgefaßte publiciſtiſche Perſon auch als Subject dieſes Vermögens zu denken [1]). Die Vermögensfähigkeit influirt vielleicht in der Art, daß beſondere Magiſtrate zur Verwaltung des Vermögens geſchaffen werden, auf die ſonſtige Ausbildung der Verfaſſung ſelbſt, auf die freie Bewegung innerhalb derſelben kann ſie eine Einwirkung nicht ausüben. Daß die römiſchen Municipien durch Einflüſſe der Staatsgewalt in ihrer ſelbſtſtändigen Entwickelung gehemmt, daß ſie in Betreff ihres Vermögens unter eine Staatscontrole geſtellt wurden, iſt nicht eine Folge ihrer Vermögensfähigkeit, ſondern ihrer öffentlich rechtlichen Stellung. —

Wie in allen urſprünglichen Zuſtänden Vereinigungen

1) In normalen Zuſtänden mag wol überall die publiciſtiſche Perſönlichkeit einer Gemeinde auch wirklich der Zeit nach früher zum Bewußtſein kommen, als die privatrechtliche.

von Perſonen, welche durch gleichartige Beſchäftigung, nahes Zuſammenwohnen u. ſ. w., ſich als zuſammengehörig betrachten, in Menge hervortreten, ſo kommen auch in Rom ſchon ſehr früh derartige Vereine der verſchiedenſten Art vor. Den ſittlichen Mittelpunct ihrer Verbindung finden ſie in gemeinſchaftlicher Gottesverehrung. Dieſe Vereinigungen ſind ihrem Weſen nach nicht auf die Dauer des Lebens der einzelnen Glieder beſchränkt, dieſe erſcheinen nur als zufällige. Weder der Eintritt eines neuen, noch der durch Tod veranlaßte, oder der freiwillige Austritt eines alten Gliedes afficirt die Vereinigung, welche, unberührt vom Perſonenwechſel, fortbeſteht. — Die Vereinigung bedarf einer Organiſation, und ſie gibt ſich dieſelbe. Das Recht aber erkennt, was die Gemeinſchaft feſtgeſetzt hat, mit dem natürlichen Vorbehalt der Nichtwiderrechtlichkeit der Beſtimmungen als bindend an [2]). Die Vereinigung kann ſich alſo frei organiſiren und entwickeln. Um ihre Zwecke zu erreichen, bedarf ſie Vermögen. Sie erwirbt Opferwerkzeuge, einen Opferplatz, ein Verſammlungshaus, ſie ſammelt anderweites Vermögen, um davon ihre Vereinsausgaben zu beſtreiten. Wenn es ſich um juriſtiſche Fixirung des Rechtsverhältniſſes, in welchem der Verein zu dieſem Vermögen ſteht, handelt, ſo bleibt Miteigenthum ausgeſchloſſen: aus dem äußerlichen Grunde, weil der Austretende ſein Recht daran aufgibt und der Neueintretende es unmittelbar erwirbt, und aus dem inneren Grunde, daß die Einzelnen wegen des beſonderen Zwecks, zu welchem es verwendet wird, es gar nicht als zu ihrem Vermögen gehörig betrachten. Der Verein beſteht als organiſirter, als willensfähiger — der Schritt iſt nicht ſchwer, ihn ſelbſt als ſolchen als Vertreter dieſes Vermögens nach außen hin und den ein-

2) Schon die XII Tafeln haben die Autonomie der Collegien ausdrücklich anerkannt; l. 4 de collegiis.

zelnen Mitgliedern gegenüber, mithin als Subject deſſelben zu betrachten. Ob hierbei der ſchon in Betreff der Municipien formulirte Rechtsſatz mitgewirkt hat oder nicht, iſt gleichgültig, keinesfalls hat, wenn eine ſolche Mitwirkung ſtatt fand, dieſe Adoptirung des Rechtsſatzes eine über den Rechtsſatz ſelbſt hinausgehende Bedeutung; das innere Verhältniß der Municipien hatte keinen Einfluß auf das der Collegien. Jedes derſelben entwickelt ſich durch ſeine ſtaatlich anerkannte Autonomie frei ſeinem Zweck gemäß und wird hierin durch ſeine Vermögensrechtsſubjectivität unterſtützt — eine Beſchränkung durch die letztere iſt undenkbar.

Ganz daſſelbe gilt von den ſpäter mit größerer Willkürlichkeit und mit frei gewähltem Zweck ſich bildenden Vereinen (sodalicia).

Daſſelbe gilt aber auch von denjenigen mit Vermögensrechtsſubjectivität verſehenen Vereinigungen, bei welchen das gemeinſchaftliche Vermögen nicht nur Mittel zur Erreichung ihrer Zwecke war, ſondern der gemeinſame Erwerb durch gemeinſchaftliches Vermögen den Zweck der Vereinigung bildete.

Die Größe des Kapitals und die gemeinſame, in einer Richtung verwandte Thätigkeit mehrerer Perſonen laſſen im Handels- und Gewerbsleben einen größeren Erfolg erwarten. Es bilden ſich deßwegen überall derartige Vereinigungen. Iſt die Unternehmung nicht von langer Dauer und überwiegt namentlich die Rückſicht auf die beſonders qualificirte Thätigkeit der einzelnen nicht in großer Anzahl vorhandenen Glieder, ſo wird man ſich mit der factiſchen Gemeinſchaft genügen laſſen. Man ſchließt eine Societät, in welcher man die gemeinſame Thätigkeit vertragsweiſe regelt, die Arbeit im Innern theilt, über Vertheilung von Gewinn und Verluſt übereinkömmt — nach außen aber und den einzelnen Mitgliedern gegenüber nicht als ein Ganzes, ſondern als ſo viele Rechts-

ſubjecte erſcheint, als Mitglieder vorhanden ſind. Dieſen Principien entſprechend ſind die Sätze des römiſchen Rechts über societas meiſterhaft entwickelt. — Iſt das Unternehmen aber von langer Dauer oder verſpricht es nur durch längere Ausbeutung Gewinn, erfordert es ſehr große Capitalien, wird daher auch die Anzahl der Zuſammentretenden eine größere und kommen dieſe weniger ihrer Thätigkeit als ihres Capitals wegen in Betracht — ſo erſcheint die Form der reinen Societät nicht zweckentſprechend. Es gilt, die Geſellſchaft ihres ganz perſönlichen Charakters zu entkleiden, ſie von der Perſon der Mitglieder unabhängig zu machen, ihr nach außen und den Mitgliedern gegenüber eine leichtere Vertretung zu verſchaffen. Dieß Alles wird ſtatt durch einzelne, die Geſellſchaft als ſolche modificirende Rechtsſätze von zweifelhaftem Werth, dadurch auf die einfachſte Weiſe erreicht, daß man der Geſellſchaft als ſolcher Rechtsſubjectivität gibt. Betrachten wir nun, welchen Einfluß dieſe Eigenſchaft auf das Weſen der Geſellſchaft ausübt. Materiell nur denjenigen, daß dem erwähnten Bedürfniß abgeholfen wird.

Die Geſellſchaft kann nach wie vor ihre Thätigkeit regeln. Vertragsmäßig wird bei der reinen societas beſtimmt, wie viel der Einzelne zuſchießen, wieviel er vom Gewinn erhalten ſoll, wer die Leitung des Betriebs übernehmen ſoll, ob ein Inſtitor, ein einzelner Socius, mehrere oder die Geſammtheit, ob nur zu manchen Geſchäften, z. B. Veräußerung von Immobilien, eine Concurrenz mehrerer oder aller Socii nothwendig iſt, ob ein controlirender Ausſchuß beſtehen ſoll u. ſ. w. Vertragsmäßig (ſtatutariſch) kann dieß Alles auch dann beſtimmt werden, wenn die Geſellſchaft Rechtsſubjectivität erhält [3]). Die rechtliche Stellung der Geſellſchafter zum Ge-

3) S. o. S. 345 N. 2.

ſammtvermögen wird allerdings geändert: Sachen, welche im Miteigenthum derſelben ſtanden, ſtehen jetzt im Eigenthum der Geſellſchaft, die gemeinſamen Activ- und Paſſivforderungen ſtehen der Geſellſchaft zu, nicht den Einzelnen. Die Rechte und Verpflichtungen der Einzelnen erlöſchen aber nur formell, materiell bleiben ſie beſtehen, indem ſie nur eine andere Form annehmen. Das Eigenthum an ideellen Theilen der Sachen der Geſellſchafter wird zu einem obligatoriſchen Anſpruch auf dieſelben ideellen Antheile der im Eigenthum der Geſellſchaft ſtehenden Sachen. Die Dispoſition über die Subſtanz hängt aber ebenſo viel oder ebenſo wenig von dem Willen des einzelnen Geſellſchafters ab, als vorher, es iſt alſo materiell genau dieſelbe Summe von Befugniſſen vorhanden wie vorher. Die Forderungen gegen Dritte, welche bei der reinen societas dem einzelnen Socius theilweiſe zuſtanden, hat er allerdings verloren; er ſelbſt war aber, wenn die Forderungen dem Geſellſchaftsfonds angehörten, verpflichtet, den Betrag derſelben in die Geſellſchaftscaſſe abzugeben und nur ſoweit derſelbe Gewinn enthielt, konnte er ihn vielleicht behalten; materiell hatte er alſo nicht mehr Rechte, als nachdem der Geſellſchaft Vermögensrechte zugeſtanden waren. Forderungen gegen die Mitgeſellſchafter verliert der Geſellſchafter ebenfalls, aber er braucht dieſelben nicht, da ſie, ſoweit ſie auf Einſchuß gerichtet ſind, von der Geſellſchaft als ſolcher ausgeübt werden und der Einzelne die Ausübung dieſer Rechte von der Geſellſchaft ſelbſt klagweiſe fordern kann. Die Klage auf Gewinn aber hat er gegen die Geſellſchaft ſelbſt erworben. Die Forderungen Dritter gehen nicht mehr gegen die einzelnen Geſellſchafter, ſondern gegen die Geſellſchaft ſelbſt; überſteigen aber dieſe Forderungen den thatſächlich vorhandenen Geſellſchaftsfonds, ſo werden die Geſellſchafter zu Leiſtungen an die Geſellſchaft verpflichtet. Dieſe Obligation kann die Geſellſchaft

an ihre Gläubiger cediren, resp. sie kann von letzteren dazu gezwungen werden. So bleibt also materiell auch das Recht des Gläubigers unbeschränkt und er ist nur an eine gewisse Ordnung in Betreff der Execution gebunden [4]). Es ist hierbei eine unbedingte Haftung der einzelnen Glieder der Gesellschaft gegenüber angenommen worden. Wir sind durch unsere Actiengesellschaften nur an eine limitirte Haftung gewöhnt, diese geht aber aus dem Wesen der mit Vermögensfähigkeit versehenen Gesellschaft an sich keineswegs hervor, und wir finden sie in den römischen Quellen nicht erwähnt. Bei den s. g. öffentlichen Gesellschaften der Publicanen, bei welchen wir die Vermögensfähigkeit besonders erwähnt finden, ist auch die Limitirung der Haftung kaum denkbar, denn es ist nicht wol anzunehmen, daß der Staat, der als Hauptcontrahent dieser Gesellschaften durch eine solche Limitirung der Haftung den Hauptschaden gelitten hätte, dieselbe zugestanden haben werde [5]).

Wie aber die Gesellschaft durch die erhaltene Vermögensfähigkeit in ihrer Wesenheit materiell nicht beeinträchtigt wurde und ihre freie Entwickelungsfähigkeit nicht verlor, so gewährte auf der anderen Seite diese hinzukommende Eigenschaft der Gesellschaft die Möglichkeit der besseren Erreichung ihres besonderen Zwecks. Durch die Vermögensfähigkeit hatte die Gesellschaft eine leichtere Vertretung nach außen gewonnen und auch die Obligationen der Socii konnten leichter realisirt werden; die Dauer der Gemeinschaft war von der Willkür des einzelnen Gesellschafters unabhängig gestellt. Daß bei den

4) L. 8. quod cujuscunque universitatis.

5) Es ist hierbei einerlei, ob man annimmt, daß die Vermögensfähigkeit der einzelnen Gesellschaft durch besonderen Act verliehen worden sei, oder ihr kraft eines Rechtssatzes zugestanden habe. Ebenso wenig, wie eine specielle Verleihung der Vermögensfähigkeit mit dieser dem Fiscus nachtheiligen Consequenz ist die Zulassung der Entstehung eines Rechtssatzes mit der gleichen Consequenz denkbar.

Römern nur von dem Eintritt des Erben eines Geſellſchafters geſprochen wird, nicht aber von dem Austritt eines Geſellſchafters und dem Hinzutritt eines neuen, erklärt ſich nicht aus dem Weſen der vermögensfähigen Geſellſchaft. Es liegt darin nur ein Zeugniß von der zufällig mangelhaften Entwickelung dieſer Geſellſchaften, die ſich aus der Haftung der Einzelnen mit ihrem Geſammtvermögen und aus ihrer Stellung zum Fiscus erklärt. Bei den collegia funeraria konnten neue Mitglieder aufgenommen werden und ein Mitglied konnte über ſeine Stelle (locus) teſtiren[6]).

Bisher iſt ein Punct ganz übergangen worden, der über die Schickſale des Vermögens einer vermögensfähigen Gemeinſchaft bei ihrem Erlöſchen. Da das geſammte Erbrecht, das teſtamentariſche[7]) ſowol als das Inteſtaterbrecht, auf der Familie beruht, ſo kann von einer Beerbung nicht die Rede ſein. Hört alſo die Gemeinſchaft auf zu ſein oder, was wohl davon zu unterſcheiden iſt, verliert ſie ihre Vermögensfähigkeit, ſo bleibt gar nichts anderes übrig, als ihr Vermögen für bonum vacans zu erklären. Hierin hat man hauptſächlich die Starrheit der römiſchen Rechtsbildung finden wollen. Dem Weſen vieler Gemeinſchaften, führte man an, entſpreche ein ſolches Schickſal des Vermögens nicht, es ſei vielmehr angemeſſener, das Vermögen den einzelnen Gliedern der aufgelöſten Gemeinſchaft zuzuſprechen. Aus dieſem Grunde iſt man dazu gekommen, entweder den Satz als unrichtig anzugreifen[8]), oder man hat die Schwierigkeit dadurch zu umgehen geſucht, daß ja die Gemeinſchaft vor ihrer Auflöſung das Recht habe, über ihr Vermögen zu disponiren, oder man ſprach denjeni-

6) Lex collegii Aesculapii et Hygiae bei Mommsen, de collegiis et sodaliciis p. 92.

7) S. u. §. 35.

8) Marezoll in Löhr's Magazin. Bd. IV. Nr. XI. Abh. 7.

gen Gemeinſchaften, bei welchen dieſer Satz nicht Anerkennung leiden könne, die juriſtiſche Perſönlichkeit ab [9]), oder man nahm für dieſe eine Modification der römiſchrechtlichen juriſtiſchen Perſon an [10]). Die erſte Meinung iſt juriſtiſch nicht zu begründen; durch die Fähigkeit, zu disponiren, ſind auch keineswegs die Schwierigkeiten gehoben, denn abgeſehen davon, daß die Dispoſitionsbefugniß oft materiell beſchränkt iſt und eine Verfügung von Todes wegen formell ſchwierig ſein dürfte, iſt die Unbilligkeit auch durch die unbeſchränkteſte Dispoſitionsbefugniß an ſich keineswegs gehoben; die beiden letzteren Anſichten erſcheinen aber ebenfalls als unhaltbar. Das Verhältniß ſcheint ſich mir vielmehr in Wahrheit folgendermaßen zu geſtalten.

Es gibt Gemeinſchaften, in welchen den einzelnen Gliedern Rechte an dem Vermögen der Gemeinſchaft nicht zuſtehen. Dieß iſt jedoch keineswegs eine Conſequenz aus dem Princip der Vermögensfähigkeit der Gemeinſchaft als ſolcher, ſondern lediglich aus dem Zweck, den die Gemeinſchaft im Allgemeinen oder ſpeciell in Bezug auf eine beſtimmte Vermögensmaſſe verfolgt. Ebenſo gut, wie jeder Dritte, kann aber auch ein Glied der Gemeinſchaft Rechte an dem Vermögen derſelben erwerben, es iſt aber auch ſogar möglich, daß nicht das einzelne Glied kraft beſonderer Erwerbung dieſe Rechte hat, ſondern daß alle Glieder ſie *als ſolche* haben. Dieß kann bei Collegien autonomiſch feſtgeſetzt ſein oder auf Obſervanz beruhen, und in derſelben Weiſe können bei Municipien in Betreff eines Theils ihres Vermögens ſolche Rechte begründet ſein, bei anderen Gemeinſchaften kann es ſogar aus deren beſonderem Weſen hervorgehen. Dieſe Rechte ſind ein-

9) S. namentlich *Thöl*, Volksrecht, Juriſtenrecht u. ſ. w. (Kritik von *Beſeler's* in N. 10 angeführtem Buch) S. 51.

10) *Beſeler*, Volksrecht und Juriſtenrecht. S. 158 ff.

mal ſolche, welche den durch das Vermögen der Gemeinſchaft zu erzielenden Nutzen der einzelnen Glieder zum Gegenſtand haben. Dieſer Zweck kann dadurch erreicht werden, daß den Einzelnen dingliche Rechte an den Sachen der Gemeinſchaft zugeſchrieben werden, oder daß ſie Forderungsrechte auf die Revenüen des Vermögens haben. Der Umfang und die Modalität dieſes Nutzens kann verſchieden ſein. Die Rechte können entweder nur unter gewiſſen Vorausſetzungen oder abſolut begründet ſein, ſie können quantitativ oder quotitativ beſtimmt ſein, ſie können den geſammten Nutzen des Gemeinvermögens erſchöpfen oder nicht. Ferner können aber auch Rechte auf die Subſtanz des Gemeinvermögens begründet ſein, welche bei Aufhören der Gemeinſchaft oder bei Erlöſchen ihrer Vermögensfähigkeit realiſirt werden ſollen. Daß derartige Rechte überhaupt möglich ſind, kann nicht bezweifelt werden. Das Recht des mortis causa Beſchenkten, des ſubſtituirten Fideicommiſſars, der Ehefrau, reſp. ihres Vaters, auf die Dos, des Schuldners bei der Fiducia [11]) ſind dergleichen Rechte, welche auch in anderen Fällen vertragsmäßig feſtgeſtellt werden können [12]). Daß aber Forderungsrechte auch nach römiſchem Recht durch einen Zuſtand begründet werden können, iſt unzweifelhaft [13]).

Löſt ſich nun die Gemeinſchaft, in welcher einzelnen Gliedern derartige Rechte zuſtehen, auf oder verliert ſie die Vermögensfähigkeit, ſo wird das Vermögen zwar bonum vacans; da daſſelbe aber nur cum onere auf den Fiscus übergehen

11) Auch das Erbrecht der armen Wittwe, das Recht des Adoptirten auf die Quart, ja ſogar das Recht des Erben auf den Pflichttheil haben materiell denſelben Inhalt.

12) Z. B. durch den Erbvertrag in ſeiner neueren Form, in welcher er ein dingliches Moment nicht mehr enthält.

13) S. auch o. S. 110.

kann, ſo treten, wenn dieſer es an ſich nimmt, die Gläubiger der Gemeinſchaft gegen ihn auf und unter dieſen auch die bei der Auflöſung der Gemeinſchaft vorhandenen Glieder der Gemeinſchaft. Daher hat der Fiscus, je nach dem Umfang ihrer Rechte, das geſammte Vermögen oder den Theil deſſelben, in Bezug auf welchen ſie berechtigt ſind, herauszugeben. Erſchöpfen nun die Anſprüche der Glieder das geſammte Vermögen nach Abzug der Forderungen der übrigen Gläubiger völlig entweder zufällig [14]) oder ihrem Weſen nach, lucrirt er alſo nichts, ſo wird er auch das bonum vacans nicht in Beſitz nehmen, ſondern überläßt es den Gläubigern, welche in einer eingeleiteten Liquidation ihre Rechte realiſiren. Das ganze Verfahren von dem Aufhören der Gemeinſchaft an kann unter öffentlicher Autorität ſtattfinden und wird dann als missio in bona erſcheinen, oder es iſt ſchon vorher ſtatutariſch feſtgeſtellt, in welchem Fall es als cessio bonorum anzuſehen iſt. Auch da, wo das Vermögen durch die Forderungen der Einzelnen nicht erſchöpft wird, kann die Einleitung eines ſolchen Liquidationsverfahrens gedacht werden, nach deſſen Endigung der Fiscus das Uebrigbleibende erhält. Wie man aber auch das Verfahren ſich denken mag, materiell ſtellt ſich ſein Reſultat als Theilung des Gemeinvermögens, reſp. eines Theils deſſelben unter die Glieder der Gemeinſchaft heraus.

Die eventuellen Rechte der Glieder auf das Gemeinvermögen können durch ausdrückliche ſtatutariſche Beſtimmung (lex) anerkannt ſein, ſie können aber auch aus dem Weſen der Gemeinſchaft ſelbſt erkannt werden. Es bedarf alſo für den einzelnen Fall einer Unterſuchung dieſes Weſens. Wo der Zweck der Gemeinſchaft nicht auf den Vortheil der einzelnen Glieder gerichtet iſt, ſondern unabhängig von dieſem verfolgt wird,

14) S. u. das Beiſpiel der Auflöſung eines collegium funerarium.

iſt (abgeſehen von einer ausdrücklichen lex) eine Berechtigung der einzelnen Glieder als ſolcher nicht denkbar. In dieſem Fall wird auch eine Auflöſung der Gemeinſchaft oder ein Aufhören ihrer Vermögensfähigkeit ganz außerhalb der Erwartung der Einzelnen liegen, welche die ewige Dauer der Gemeinſchaft vorausſetzen. Daſſelbe gilt auch für den Fall, wenn zwar das Vermögen zum Vortheil der einzelnen Glieder verwendet wird, aus der Art und Weiſe der Verwendung aber ein über den Vortheil der Einzelnen hinaus liegender Zweck als vorhanden erkannt wird. Dieſer Fall tritt namentlich dann ein, wenn die Gemeinſchaft auch unabhängig von ihrer Vermögensfähigkeit als eine dauernde und ihr Zweck ſelbſt als ein von dem Vortheile der Einzelnen verſchiedener erſcheint. Wo hingegen der Zweck der Gemeinſchaft lediglich in der Beförderung des Vortheils der Einzelnen beſteht und das Vermögen daher denſelben Zweck hat, wo alſo die Gemeinſchaft ihrem Weſen nach als vermögensfähige und dadurch perpetuirte Geſellſchaft erſcheint, ſind die eventuellen Rechte an dem Gemeinvermögen immer vorhanden. Erkennbar iſt aber dieſe Eigenſchaft der Gemeinſchaft und des Vermögens namentlich dadurch, und darin liegt gerade ihre Unterſcheidung von der vorher erwähnten Art, daß nicht ein außerhalb der Gemeinſchaft liegendes Moment die Mitgliedſchaft beſtimmt oder bei der Schaffung derſelben concurrirt, und daß die Gemeinſchaft während ihres Beſtehens (ſoweit einzelne Glieder nicht erworbene Rechte daran haben) eine völlig freie Dispoſition über ihr Vermögen hat. Was vom Gemeinvermögen überhaupt geſagt iſt, gilt auch für einzelne abgeſonderte und mit Einzelzwecken verſehene Theile deſſelben.

Leider iſt es bei den geringen Nachrichten, welche wir über die Rechtsverhältniſſe der Gemeinſchaften bei den Römern haben, nicht möglich, dieſe Sätze mit Quellenſtel-

len genau zu belegen, doch ist dieß in einigen Beziehungen möglich.

Die l. 3 pr. de collegiis gehört, wie schon vielfach bemerkt worden ist, nicht hierher, weil sie gewiß mit Recht so aufgefaßt werden muß, daß einem collegium illicitum von Anfang an die Vermögensfähigkeit abgeht, also nur eine communio vorhanden ist. Es würde jedoch irrig sein, aus den Worten sed permittitur iis abzuleiten, daß, wenn ein rechtlich bestehendes, also vermögensfähiges Colleg aufgelöst wird, eine Theilung nicht stattfinde. Der in den Worten liegende Gegensatz muß vielmehr als gegen die mögliche Ansicht gerichtet aufgefaßt werden, daß das zusammengeschossene Vermögen zur Strafe der unerlaubten Handlung der Einzelnen gleichsam als corpus delicti confiscirt werden müsse. — Es finden sich aber Belege dafür, daß den einzelnen Gliedern als solchen während der Dauer der Gemeinschaft Rechte zugeschrieben werden. Dem socius vectigalium schreibt l. 59 pro socio ausdrücklich eine pars zu. Der gegen den Rechtssatz zweien (erlaubten) Collegien Angehörende soll, wenn er aus dem einen ausscheidet, accipere id, quod ei competit ex ratione quae communis fuit [15]). Die Mitglieder eines collegium funerarium [16]) hatten einen Anspruch, auf Kosten des Collegs begraben zu werden. Ein bestimmtes funeraticium wurde ihren Erben ausgezahlt. Ihr Recht (Actie) wurde als locus bezeichnet [17]). Wenn aber Forderungen der einzelnen Glieder der Gemeinschaft als solcher vorhanden sind während des Bestehens, resp. der Vermögensfähigkeit derselben, so ist es unmöglich, daß dieselben durch das Aufhören der Gemeinschaft

15) L. 1 §. 2 de collegiis.

16) Mommsen a. a. O. §. 14. Huschke in Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswiss. B. 12 Nr. V.

17) S. o. S. 350 N. 6.

oder die Aufhebung der Vermögensfähigkeit verloren gehen [18]), ſie müſſen durch das vorhandene Vermögen realiſirt werden, und es bleibt dazu kein anderer Weg als der oben angeführte. Daß derſelbe aber auch wirklich eingeſchlagen wurde, wird durch die von Maßmann edirten ſiebenbürgiſchen Wachstafeln [19]) beſtätigt, in welchen von den Quäſtoren des collegium (funerarium) Jovis Cerneni die wegen Mangels an Fonds erfolgte Auflöſung und Liquidation dieſes Collegs angezeigt wird.

Mehr noch, als auf dieſe Stellen, möchte ich mich auf die innere Nothwendigkeit beziehen. Es erſcheint geradezu undenkbar, daß die Publicanen, Bergwerksgeſellſchafter u. ſ. w. ſich ihres jedenfalls bedeutenden Betriebscapitals in der Art entäußert haben ſollten, daß es bei Auflöſung der Geſellſchaft an den Fiscus fallen ſollte. Daß durch die Verleihung des corpus dieſe Geſellſchaften nicht eine ganz andere Weſenheit annehmen, ſondern nur mit einer neuen (ihnen vortheilhaften) Eigenſchaft ausgeſtattet wurden, ſcheint mir namentlich aus der Beibehaltung des Namens societas und aus der Behandlung ihrer Verhältniſſe und dem Titel pro socio hervorzugehen.

Allgemein wird anerkannt, daß auch das deutſche Recht einerſeits die communio, andererſeits die universitas kenne, allgemein wird aber für gewiſſe Bildungen des deutſchen Rechts eine Mittelſtellung behauptet „zwiſchen beiden Extremen."

18) Erkennt l. 1 §. 2 cit. ja ſogar eine Realiſirung des Rechts während beſtehender Gemeinſchaft an. Im Allgemeinen wird freilich ein Austreten aus der Gemeinſchaft auch die Anſprüche an dieſelbe aufheben, da dadurch die die Anſprüche begründende Eigenſchaft der Mitgliedſchaft aufgehoben iſt.

19) Huſchke a. a. O.

„Allgemein," ſage ich, denn nicht nur die Anſichten derer, welche ſ. g. Genoſſenſchaften mit Geſammteigenthum als beſondere Rechtsbildungen aufſtellen, gehören hierher, ſondern auch diejenigen, welche gewiſſe deutſchrechtliche Modificationen der communio und societas behaupten. Der Grund dieſer Auffaſſung liegt einerſeits in dem Verwechſeln der Thatſache mit dem Recht, des materiellen Inhalts und Zwecks mit der formellen Erſcheinung und dem Mittel den Zweck rechtlich zu realiſiren, der theoretiſchen Anſchauung der Intereſſenten mit ihrer practiſchen rechtlichen Abſicht, der Formulirung eines Rechtsſatzes mit dem Weſen deſſelben — andererſeits beruht dieſe Auffaſſung auf einer ungenauen Erkenntniß des Weſens der universitas und der communio resp. societas; man legte der erſteren Eigenſchaften (Dauer, Nothwendigkeit der Verfolgung eines von den Intereſſen der einzelnen Glieder verſchiedenen Zwecks, Unmöglichkeit der Begründung von Rechten der einzelnen Glieder an dem Vermögen der universitas) bei, welche ihrer Natur fremd ſind, man erklärte weſentliche Eigenſchaften der zweiten (ſ. u.) für zufällige (poſitive), man ließ Rechte, welche allen eine universitas bildenden Geſammtheiten als ſolchen zuſtehen (Autonomie), außer Acht, dehnte dagegen Sätze, welche aus den beſonderen Eigenſchaften einzelner als universitates anerkannten Geſammtheiten hervorgehen (Staatscontrole, Abſtimmungsmodus), auf alle universitates aus.

Faßt man jedoch den Begriff der universitas in der Reinheit, in welcher ihn Gajus in l. 1 §. 1 quod cujuscunque universit. aufgeſtellt, auf, und hält man daran feſt, daß die communio nur als das zufällige, durch die Gleichheit des Objects hervorgebrachte Nebeneinanderſein von Rechten einzelner Perſonen, die Societät aber als rein obligatoriſcher, nur unter den Geſellſchaftern Wirkungen erzeugender Vertrag an-

erkannt wurde, ſo erkennt man in dieſen Rechtsbildungen die nothwendige Conſequenz der Anerkennung einerſeits des rechtlichen Willens der Einzelnen, andererſeits eines davon verſchiedenen rechtlichen Willens der zu einer Geſammtheit verbundenen Perſonen. Da nun aber die Anerkennung eines rechtlichen Willens die Anerkennung eines anderen, auf denſelben Gegenſtand gerichteten rechtlichen Willens mit Nothwendigkeit ausſchließt [20]), ſo können auch, ſoweit der Geſammtwille anerkannt iſt, die Einzelwillen nicht anerkannt ſein, und ſoweit dieſe anerkannt ſind, iſt der Geſammtwille ausgeſchloſſen. Hiernach iſt alſo ſowohl die Möglichkeit einer Rechtsbildung ausgeſchloſſen, wie die behauptete der ſpecifiſch germaniſchen Genoſſenſchaften, deren charakteriſtiſches Merkmal gerade in dieſem Nebeneinanderſein (Durchdrungenſein, Durchwachſenſein) des Willens der Geſammtheit und des Einzelnen beſtehen ſoll, als auch die Möglichkeit der ſ. g. Modificationen der Grundſätze der communio resp. societas, und der ausſchließliche Gegenſatz der universitas und der communio resp. societas ſtellt ſich nicht nur als ein ſpecifiſch römiſcher, ſondern als ein allgemein nothwendiger dar.

Dieſe Ausſchließlichkeit muß ſich mithin auch im germaniſchen Recht zeigen, und es gilt, den einzelnen Rechtsbildungen ihren Platz in einer der beiden Kategorien anzuweiſen.

Beginnen wir mit der Actiengeſellſchaft. Der Name und der Zweck läßt dieſelbe als den Geſellſchaften an-

20) Das römiſche condominium und das Verhältniß der coheredes ſpricht nicht hiergegen, denn der Wille des condominus und des coheres ſind nicht auf die Beherrſchung der ganzen gemeinſchaftlichen Sache und die ganze Erbſchaft gerichtet, ſondern nur auf einen ideellen Theil, reſp. ſie ſind nur in dieſer Beſchränkung rechtlich anerkannt.

gehörig erſcheinen; die Irrigkeit dieſer Annahme ergibt ſich jedoch aus einer Vergleichung der leitenden Grundſätze beider Rechtsbildungen.

Nicht die limitirte Haftung der einzelnen Geſellſchafter iſt das die Actiengeſellſchaften von andern Geſellſchaften unterſcheidende Moment, denn es läßt ſich auch eine Geſellſchaft mit beſchränkter Haftung der Geſellſchafter denken [21]), ebenſo wie umgekehrt eine unbedingte Haftung der Einzelnen mit der Anerkennung eines Geſammtwillens zuſammentreffen kann [22]). Das charakteriſtiſche Moment liegt vielmehr einzig und allein in der begriffsmäßigen Anerkennung eines Geſammtwillens und folgeweiſe auch in der ausſchließlichen Anerkennung derſelben in Betreff aller Rechte und Verpflichtungen der Actiengeſellſchaft. Zwar kann auch bei der Geſellſchaft ein gemeinſames Handeln vorkommen, aber dieſes beruht immer nur auf dem zufällig übereinſtimmenden Willen der Einzelnen, nur dieſer wird rechtlich anerkannt.

Stellen Geſellſchafter einen Inſtitor an und contrahirt dieſer mit Dritten, ſo iſt dieſen gegenüber die Exiſtenz der Geſellſchaft, d. i. des Geſellſchaftsvertrags, völlig gleichgültig. Sie haben aus dem Vertrag mit dem Inſtitor eine inſtitoriſche

---

21) S. o. S. 349. Vergl. Jolly, das Recht der Actiengeſellſchaften in Zeitſchr. für deutſches Recht. Bd. XI. S. 329. Auch der Einzelne kann eine ſolche limitirte Haftung in ſeinen Verträgen mit Dritten feſtſetzen. Das beneficium competentiae iſt eine Art limitirter Haftung, ebenſo die Haftung des Vaters oder Herrn bis zur Höhe des Peculiums.

22) Daß eine beſchränkte Haftung der einzelnen Theilnehmer einer ausgedehnten Geſellſchaft als zweckmäßig und der Billigkeit entſprechend erſcheint (vergl. J. G. Büſch, theoretiſch-practiſche Darſtellung der Handlung. 2. Ausg. Th. I. S. 305), ſpricht nicht gegen die rechtliche Möglichkeit der Feſtſetzung einer unbeſchränkten Haftung, ſondern erklärt nur die Thatſache, daß regelmäßig die beſchränkte Haftung feſtgeſtellt iſt.

Klage gegen den Präponenten, Präponent aber iſt jeder Geſellſchafter, folglich geht die Klage gegen jeden Geſellſchafter auf das Ganze. Beauftragen die Geſellſchafter einen Procurator mit der Anſtellung einer Klage gegen einen Dritten, ſo ſind und bleiben die Geſellſchafter Litisconſorten, der Procurator vertritt, da nomina ipso jure divisa, jeden zu ſeinem Theil, es können der Forderung daher auch verſchiedene Einreden aus den einzelnen Perſonen der Geſellſchafter entgegengeſtellt werden, namentlich auch aus einem von einem Geſellſchafter abgeſchloſſenen pactum de non petendo, oder eine Compenſationseinrede aus einer Sonderforderung gegen einen Geſellſchafter. Der einzelne Geſellſchafter kann ferner jeden Augenblick ſein Mandat zurücknehmen, einen anderen Procurator aufſtellen, eine beſondere Klage für ſich erheben. — Machen mehrere Geſellſchafter unter einander aus, daß die gemeinſamen Angelegenheiten durch Majoritätsbeſchluß geleitet werden ſollen, und die Majorität ſtellt einen Inſtitor an oder beauftragt den Inſtitor mit dem Abſchluß eines beſtimmten Vertrags oder den Procurator mit der Anſtellung einer Klage, ſo kann allerdings auch der in der Minorität befindliche Geſellſchafter, wenn er ſich nicht ausdrücklich dagegen erklärt, namentlich unter Berückſichtigung des abgeſchloſſenen Geſellſchaftsvertrags als ſpäter ſtillſchweigend conſentirend, d. h. präponirend und mandirend angeſehen werden, die inſtitoriſche Klage kann deßwegen gegen ihn angeſtellt werden, und zwar auf das Ganze, und das Urtheil iſt für ihn bindend. Unmittelbar aus dem Geſellſchaftsvertrag kann aber von Dritten und ihnen gegenüber nichts abgeleitet werden, denn die Präpoſition und das Klagmandat hat rechtliche Wirkung nur, wenn und ſo lange der betreffende Wille exiſtent iſt, und erliſcht mit Erlöſchen dieſes Willens. Erklärt ein Geſellſchafter (und es iſt gleichgültig, ob er der Majorität oder der Mino-

rität angehörte) daher dem dritten Contrahenten oder dem Proceßgegner gegenüber oder ſonſt in einer Weiſe, daß dieſer es erfährt, daß er die Präpoſition oder den Abſchluß des einen Geſchäfts oder die Anſtellung der Klage nicht billige, ſo geht gegen ihn die inſtitoriſche Klage nicht und die Klage des Procurators kann nur auf die Raten der übrigen Geſellſchafter angeſtellt werden. — Der Geſellſchaftsvertrag hat nur die Wirkung, daß die Geſellſchafter einander mit der actio pro socio belangen können, wenn durch die Nichtbefolgung der vertragsmäßig feſtgeſetzten Beſtimmungen Schaden entſtanden iſt, alſo auch, wenn der Einzelne ſich dem Majoritätswillen nicht unterworfen und demgemäß ſeinen Willen Dritten gegenüber erklärt hatte, ferner wenn er die Eintreibung der Geſellſchaftsforderung zu ſeinem Theil verhindert oder ſie erlaſſen hatte. Aber auch bei der actio pro socio treten die Geſellſchafter in derſelben Weiſe, wie bei anderen Klagen, nur als Einzelne auf. Die Eigenthumsverhältniſſe ſind ſo conſtruirt, daß die einzelnen Geſellſchafter condomini ſind; dieſelben können daher nicht dingliche Rechte an dieſen Sachen erwerben, noch können ihre beſonderen Grundſtücke mit Servituten zu Gunſten der gemeinſchaftlichen Grundſtücke belaſtet werden. — Dieſe Sätze tragen in keiner Weiſe einen zufälligen (poſitiven) Charakter an ſich, ſondern ſind die nothwendigen Conſequenzen der Anerkennung des Einzelwillens und der obligatoriſchen Natur des Geſellſchaftsvertrags. Jede ſ. g. Modification derſelben iſt daher unmöglich ohne Abgehen von der principiellen Annahme dieſes Einzelwillens [23]).

23) R. Schmid hat in einer Abhandlung „über die ſ. g. Genoſſenſchaften" (Archiv f. civ. Praxis. Bd. 36 S. 147) verſucht, auf indirectem Wege, und zwar vermöge der heutigen Veränderung der Sätze über Eingehung der Verträge durch Stellvertreter, eine Modification zu rechtfertigen. Dadurch nämlich, ſo argumentirt Schmid, daß ein

Dieſen Sätzen ſtellen ſich folgende, die Actiengeſellſchaften leitende Grundſätze gegenüber. · Stellt eine Actiengeſellſchaft

---

Vertrag, der in Gemäßheit einer im Voraus ausgeſtellten Vollmacht abgeſchloſſen ſei, nach heutigem Recht den Auftraggeber direct obligire, ſei zwar in dem Verkehr der Geſellſchafter mit Dritten durch Geſchäftsführer nur eine Erleichterung beſchafft worden, die Schwierigkeit aber, da die Uebereinſtimmung Aller noch erfordert werde, keineswegs gehoben. Dieſe Schwierigkeit könne jedoch dadurch gehoben werden, daß „nach dem jetzigen Recht die Begründung einer societas ordinata möglich ſei, d. h. einer Geſellſchaft, bei welcher ein organiſcher Beſchluß, ſei es nun der Majorität der gegenwärtigen Mitglieder, ſei es eines Directoriums, ganz dieſelbe Wirkung habe, wie ein Beſchluß, welcher auf dem Conſens aller einzelnen Geſellſchaftsmitglieder beruht. Indem nämlich eine Mehrheit von Perſonen einen Geſellſchaftsvertrag eingehe, durch welchen ein verfaſſungsmäßiges Organ für den Willen der Geſellſchaft geſchaffen wird, thue ſie nichts anderes, als daß ſie im Voraus eine Vollmacht ertheile, durch welche dieſem Geſellſchaftsorgan innerhalb der verfaſſungsmäßigen Gränzen der Charakter eines Geſchäftsführers ertheilt werde, ſo daß, da jeder einzelne Geſellſchafter durch ſeinen Beitritt zu der ſo organiſirten Geſellſchaft auch dieſe Vollmacht anerkenne, jeder einzelne auch durch rechtliche Handlungen dieſes Mandatars obligirt werde. — Dieß ſei der einzig richtige Geſichtspunct, von dem aus wir die rechtlichen Verhältniſſe der zahlreichen organiſirten Geſellſchaften, die bei uns vorzukommen pflegten, zu beurtheilen hätten.“ Aus dem, was oben über die Wirkung der Majoritätsbeſchlüſſe bei Societäten bemerkt wurde, ergibt ſich die Unrichtigkeit dieſes Räſonnements. Dieſe beruht nämlich keineswegs auf der Irrigkeit des Vorderſatzes über die Wirkung des Abſchluſſes von Verträgen durch Stellvertreter, noch auf der unbedingten Unwirkſamkeit eines derartigen Geſellſchaftsvertrags, ſondern darin, daß demſelben eine Wirkung auf Dritte beigelegt wird. Wird das „Verfaſſungsorgan“ als Mandatar der Geſellſchafter betrachtet, ſo kann es nur ſo lange wirkſam handeln, als nicht ein Geſellſchafter ſeinen entgegenſtehenden Willen erklärt. Durch die Gründung einer „societas ordinata“ kann alſo auch der Verkehr nur inſofern als erleichtert gedacht werden, als es nicht der ſpeciellen Einholung des Conſenſes des Einzelnen bedarf, keineswegs iſt aber dieſer Conſens bei allen verfaſſungsmäßigen Handlungen mit Nothwendigkeit vorhanden und kann gegen den Willen des Einzelnen mit voller Wirkſamkeit gehandelt werden. Ebenſo wenig wird aber auf dieſe Weiſe

einen Institor an, so contrahirt dieser so lange verbindlich, bis er durch das verfassungsmäßige Organ abgesetzt wird; die Erklärung einzelner Actionäre, daß sie den Institor nicht mehr anerkännten, der Widerspruch gegen einzelne Handlungen desselben ist völlig bedeutungslos. Dasselbe gilt von der Anstellung eines Actors. Klagt dieser aus einer Forderung, so können ihm keinerlei Einreden aus der Person der Actionäre entgegengestellt werden, namentlich schließen die letzteren nicht gültig einen Nachlaßvertrag ab. Sind den Statuten der Gesellschaft gemäß Majoritätsbeschlüsse gefaßt, so kann der in der Minorität Befindliche keinerlei Rechte aus seiner Consensverweigerung ableiten. Die einzelnen Actionäre haben als solche gegen einander keinerlei Klage. Der Institor der Actiengesellschaft contrahirt als solcher mit den einzelnen Actionären, der Actor derselben klagt als solcher gegen sie. Der einzelne Actionär kann an den Sachen der Actiengesellschaft dingliche Rechte erwerben und an seinen Grundstücken können Servituten zu Gunsten der Grundstücke der Actiengesellschaft bestellt werden.

Alle diese Grundsätze können schlechterdings nicht als Modificationen der Grundsätze über societas und communio betrachtet werden, da sie diesen diametral entgegenstehen. Mit derselben Evidenz, wie jene als Consequenzen der Anerkennung des Willens der Einzelnen erscheinen, stellen diese sich als Consequenzen der Anerkennung des Gesammtwillens dar, die Actiengesellschaft kann deßhalb nicht als societas, sondern muß als universitas aufgefaßt werden. Um die gegen diese

---

eine Disposition des Einzelnen über seine Rate der Forderung ausgeschlossen sein und es stehen der Forderung immer die Einreden aus den Personen der einzelnen Gesellschafter entgegen. Zu der Construction der Actiengesellschaft kann man also auf diesem Wege nicht gelangen.

Auffaſſung vorgebrachten Einwendungen zu würdigen, erſcheint es am Angemeſſenſten, den Argumentationen Jolly's [24]), welcher dieſe Frage am Eingehendſten behandelt, zu folgen.

Als erſten Grund führt dieſer die „Vorſtellung der Actionäre an, welche ſicherlich nicht dahin gehe, als gehörten die zuſammengebrachten Capitalien, die Erträgniſſe derſelben und die dafür angeſchafften Sachen einem von ihnen ganz verſchiedenen Rechtsſubjecte, ſondern ſie hielten ſich ſelbſt für Herren dieſes Vermögens. Dieſer Gedanke ſei in vielen Statuten mit dürren Worten ausgeſprochen, und wenn ſich eine entſprechende Aeußerung nicht in allen finde, ſo liege der Grund davon nicht darin, daß die Anſichten über dieſen Punct ſchwankend oder gar beſtimmt verſchieden wären, ſondern darin, daß die Statuten mehr vom kaufmänniſchen, als vom juriſtiſchen Standpunct aus abgefaßt zu werden pflegten."

Dieſes Argument beruht auf einer Verwechſelung der rechtlichen Abſicht, welche Perſonen bei dem Abſchluß eines Rechtsgeſchäfts haben, mit der theoretiſchen Anſchauung über die Natur des begründeten Rechtsverhältniſſes. Jene iſt überall in erſter Linie zu berückſichtigen und für die rechtliche Beurtheilung maßgebend, dieſe iſt völlig bedeutungslos [25]).

---

24) a. a. O. (ſ. o. N. 21) S. 322.

25) Nehmen wir z. B. an, daß A dem B ein Grundſtück übergibt mit der Erklärung, er wolle ihm daſſelbe ſchenken, B dürfe jedoch weder die Subſtanz verändern, noch daſſelbe dinglich belaſten, noch veräußern, noch letztwillig darüber disponiren, letztere Dispoſitionen behalte er ſich vielmehr vor; nach des B Tode ſolle das Grundſtück ipso jure an den A oder deſſen Univerſal- oder Singularſucceſſoren gelangen. Obgleich A hier erklärt, Eigenthum übertragen zu wollen, ſo wird doch niemand zweifeln, daß nur ein Nießbrauch beſtellt ſei. — Wenn A mit B einen Vertrag dahin abſchließt, daß er dem B eine Sache um einen beſtimmten Preis auf zehn Jahre vermiethe, den Miethpreis aber ſchenke und ſich vorbehält, wenn er die Sache brauche, dieſelbe zurückzufordern, ſo liegt keine Miethe, ſon-

Zu berückſichtigen iſt alſo auch bei Beurtheilung der Actiengeſellſchaften lediglich die rechtliche Abſicht der Gründer derſelben (nicht auch der ſpäter eintretenden Actionäre). Dieſe geht aber dahin, daß ihnen der Gewinn aus dem zuſammengeſchoſſenen Capital oder dem dafür Angeſchafften ausbezahlt werde in ſtatutariſch beſtimmter Weiſe und zu ſtatutariſch beſtimmter Zeit, und daß ihnen darauf eine Klage gegen den ſtatutariſch erwählten Vorſtand zuſtehe, ferner, daß nach Auflöſung der Actiengeſellſchaft ihnen eine beſtimmte Quote des nach erfolgter Liquidirung ſich herausſtellenden Reinvermögens in Geld ausbezahlt werde. Von allen aus dem Eigenthum oder einer ſonſtigen Selbſtberechtigung fließenden Rechten nehmen die Actionäre jedoch kein einziges in Anſpruch, ſondern nur noch das Recht, bei den Wahlen der Vorſteher oder einzelnen wichtigen Verwaltungshandlungen ihre Stimme abgeben zu dürfen, welche unter Umſtänden, d. h. wenn ſie mit denen einer Anzahl anderer Actionäre übereinſtimmt, einen Effect haben, im anderen Fall wirkungslos ſein ſoll. — Dieſe rechtliche Abſicht liegt überall zweifellos vor, und dieſe iſt der rechtlichen Beurtheilung zu unterlegen; welche Anſicht aber die Actionäre über die juriſtiſche Natur ihrer Rechte haben, wie die Concipienten der Statuten dieſe Rechte benennen[26]), iſt völlig gleichgültig[27]), und es muß von dieſen Bezeich-

dern ein Commodat vor, welches ſich, wenn die Zurückforderung nicht auf den Fall des eigenen Bedürfniſſes beſchränkt wird, dadurch, das Geſchäft mag genannt ſein, wie es will, in ein precarium verwandelt.

26) Wichtig kann die Benennung nur dadurch werden, daß aus derſelben mitunter auf die Intention der Actionäre geſchloſſen werden kann.

27) Daſſelbe gilt von irrthümlichen Bezeichnungen der Rechte in einem Geſetz. S. z. B. königl. Sächſ. Verordnung vom 31. Juli 1839. Ohnehin ſind die in Statuten und Geſetzen öfters gebrauchten Ausdrücke: Eigenthümer des Vermögens, des Geſchäfts u. ſ. w. nichts

nungen abgeſehen werden, wenn der Inhalt der in den Statuten ausgeſprochenen oder aus ihnen erkennbaren Rechte mit denſelben in Widerſpruch ſteht. Dieſer Inhalt führt nun aber, wie oben gezeigt, mit Nothwendigkeit zur Annahme einer universitas, jede andere Formulirung muß daher als irrig erſcheinen.

Ferner argumentirt Jolly aus dem Satz, daß der Gewinn den Actionären zufließe. Wenn ſich allerdings denken ließe, daß das Subject des Vermögens eine juriſtiſche Perſon ſei und die Actionäre an dieſe eine Forderung hätten, ſo erſcheine dieſe Anſicht doch als gekünſtelt. „Daß die eigentlichen Erfinder des Inſtituts, die Kaufleute, ſo complicirte Mittel zur Erreichung ihres Zwecks erwählt hätten, werde jedem unglaublich erſcheinen, der je Gelegenheit gehabt habe, zu erfahren, wie ſehr dieſe Klaſſe der Geſellſchaft vor Allem nach Bündigkeit und Einfachheit in ihren Verhältniſſen ſtrebe.“ Dieſe Argumentation iſt aus ähnlichen Gründen, wie die erſtere, zu verwerfen. Das „Mittel, welches die Kaufleute zur Erreichung ihres Zwecks gewählt haben,“ iſt die Aufſtellung einer von der der einzelnen Actionäre verſchiedenen Willensfähigkeit, ſie erkannten, daß durch dieſe allein ihre Zwecke auf das Einfachſte erreicht werden könnten. Daß auf dieſe Weiſe auch eine neue Perſon mit Nothwendigkeit entſtehe, darum brauchten ſie ſich nicht zu kümmern, weil dieſe rechtliche Conſtruction für die Erreichung ihrer Zwecke indifferent iſt[28]).

weniger als genaue juriſtiſche Ausdrücke. Völlig untechniſch werden namentlich oft die Ausdrücke: gemeinſchaftliches, Geſammt-Vermögen, Geſammtheit, Geſellſchaft, gebraucht.

28) Iſt es wahrſcheinlich, daß diejenigen, welche zuerſt „auf Gegenſeitigkeit verſicherten,“ ſich bewußt waren, daß ſie etwas ganz anderes vornahmen, als einen Verſicherungsvertrag abzuſchließen, daß die von dem Einzelnen bezahlte „Prämie“ nicht die rechtliche Natur einer ſolchen habe? Sind wol die Viehhändler und die Bauern,

Hätten aber auch die „Erfinder dieſes Inſtituts“ dieſe Conſequenz klar vor Augen gehabt, ſo hätten ſie ſich ſicherlich keinen Augenblick dadurch beirren laſſen, denn in dieſer Rechtsbildung hätten ſie ja gerade das Mittel erkannt, „bündiger und einfacher ihre Verhältniſſe zu geſtalten,“ als durch die societas [29]).

Ich glaube aber ſogar behaupten zu können, daß die thatſächliche Vorausſetzung Jolly's falſch iſt, und daß die Actionäre ſich nicht als Subjecte des Actiengeſellſchaftsvermögens betrachten. Dieß ſcheint mir namentlich aus der verſchiedenen Berechnungsart des in einer offenen oder Commanditen-Geſellſchaft und des in einer Actiengeſellſchaft angelegten Vermögens hervorzugehen.

Eine offene oder Commanditen-Geſellſchaft kann ihr Vermögen weit über oder unter dem gewöhnlichen Zinsfuß [30]) nutzbar machen [31]); der einzelne Geſellſchafter ſpricht dann

---

welche die Viehverſtellung „erfanden,“ ſich bewußt geweſen, wie ſich bei den einzelnen Arten dieſes Vertrags das Eigenthumsverhältniß an dem verſtellten Vieh geſtaltete?

29) Auf die Gleichheit der Rechte in Bezug auf ihren Werth iſt ſchon oben (S. 348) aufmerkſam gemacht worden. Der Werth eines Rechts iſt aber das dem Kaufmann allein wichtige Moment; ob er eine Forderung gegen einen Anderen oder eine Forderung gegen einen Dritten auf die durch Realiſirung der erſteren Forderung erhaltene Geldſumme hat, iſt ihm einerlei. Iſt die Realiſirung der Forderung durch den Dritten leichter und wohlfeiler zu bewerkſtelligen, ſo wird er die Forderung an dieſen der erſteren Forderung vorziehen. Ebenſo wird er eine ſichere Forderung auf die Früchte einer Sache und den Verkaufswerth derſelben dem Eigenthum an derſelben vorziehen, wenn der Fruchtertrag im erſteren Fall höher iſt, als er im zweiten ſein würde.

30) Hierunter iſt hier und in dem Folgenden nicht das rechtliche Zinſenmaximum, ſondern die Höhe der Zinſen verſtanden, welche an einem beſtimmten Ort und zu einer beſtimmten Zeit im Geſchäftsverkehr ſtipulirt zu werden pflegen.

31) Daß der Gewinn oft auch ein Aequivalent für angewandte Thätigkeit enthält, iſt für unſere Betrachtung einerlei.

von günſtiger oder ungünſtiger Nutzbarmachung des Capitals, wird aber immer als ſein Vermögen die betreffende Quote des Geſellſchaftsvermögens betrachten, wie ſich daſſelbe bei dem Rechnungsabſchluß jedesmal herausſtellt, und es für gerechtfertigt halten, daß auch das Recht dieſe Berechnung feſthält, z. B. bei Berechnung der Capitalſteuer. Anders der Actionär. Dieſer berechnet ſein Vermögen nicht nach dem effectiven Werth des Actiengeſellſchaftsvermögens, als Quote deſſelben, ſondern nach dem Tagespreis der Actie. Dieſer letztere wird allerdings durch ein Zuſammenwirken der verſchiedenſten Umſtände bedingt, die hauptſächliche und die einzige in der Natur des Verhältniſſes begründete Einwirkung auf denſelben geht jedoch von der Größe des Fruchtertrags des Vermögens aus. Der Preis der Actie iſt, abgeſehen von Nebenumſtänden [32]), regelmäßig gleich einem Werthe, der ſich dadurch ergibt, daß man den auf die Actie auszuzahlenden Theil des in der nächſten Zeit [33]) erwarteten Gewinns nach Verhältniß des zu der fraglichen Zeit [34]) gewöhnlichen Zinsfußes [35]) capitaliſirt. Die Geſammtheit der Preiſe ſämmtlicher

32) Daß die Größe des Fruchtertrags die regelmäßige Bedingung der Höhe des Actienpreiſes iſt, ergibt ſich aus dem üblichen Rückſchluß von dieſem auf jenen.

33) Die Möglichkeit des augenblicklichen Verkaufs der Actien geſtattet die faſt ausſchließliche Berückſichtigung des Gewinns der nächſten Zeit.

34) Erſt wenn die Liquidirung oder die Veräußerung des Grundvermögens bevorſteht, wird die aus der Liquidirung oder dem Kaufpreis für die einzelne Actie erwartete Summe auf den Marktpreis der Actie Einfluß äußern.

35) Die auf den Stand der Actien oft influirende ſ. g. Häufigkeit oder Seltenheit des Capitals wirkt zunächſt auf die Höhe des die Norm zur Capitaliſirung abgebenden Zinsfußes (ſ. o. N. 30) und dadurch erſt mittelbar auf den Cours der Actien. Dieſe Einwirkung zeigt ſich daher auch bei den verſchiedenartigſten Actien gleichmäßig.

Actien iſt daher oft ſehr verſchieden von dem wirklichen Vermögensbeſtand der Actiengeſellſchaft [36]) und wird davon unterſchieden [37]). Wenn nun alſo der einzelne Actionär bei der Berechnung ſeines Vermögens den Tagescours der Actie berückſichtigt, bei dem mit dem Steigen deſſelben zuſammenhängenden Steigen der Dividende nicht von einer beſſeren Nutzbarmachung ſeines Vermögens, ſondern von einer Vergrößerung deſſelben, bei dem Fallen von einer Verminderung ſpricht, wenn er, wo die Größe des in Actien angelegten Theils ſeines Vermögens rechtlich in Frage kömmt [38]), die Berechnung deſſelben nach dem Tagescours der Actien für die entſprechende hält, ſo kann nicht wol angenommen werden, daß der Actionär ſich als Subject einer Quote des Vermögens der Actiengeſellſchaft betrachtet, ſondern es ergibt ſich, daß er lediglich eine Forderung gegen dieſelbe zu haben vermeint, und als Argument hiergegen können ebenfalls nicht die in manchen Statuten gebrauchten Ausdrücke angeführt werden, da ſich der Geſchäftsmann um deren Wortlaut, deſſen eigentliche Bedeutung ihm oft fremd iſt, wenig kümmert. Für dieſe Anſchauung ſpricht auch noch die Anſicht über Verpfändung der Actie, welche überall nicht als Hypothek an einen ideellen Theil des

36) Die Vermögensgegenſtände der Actiengeſellſchaft können zwar durch den höheren Fruchtertrag auch einen höheren Werth erlangen, z. B. ein Bergwerk, eine Eiſenbahn, dieß iſt aber keineswegs immer nothwendig und iſt ſogar dann nicht einmal möglich, wenn das Vermögen nur oder hauptſächlich in Capitalien beſteht. Wenn die urſprünglich zuſammengeſchoſſenen Capitalien mit 10% nutzbar gemacht und dieſe als Gewinn ausbezahlt werden, ſo werden die Actien ungefähr 200 ſtehen, bei einer Liquidirung trifft aber auf die einzelne Actie doch nur 100.

37) Der Courswerth der Actien wird bei der Rechnungsablage gar nicht berückſichtigt.

38) z. B. bei der Inſinuation einer Schenkung, bei der Zahlung von Sporteln oder von Steuern.

Actiengeſellſchaftsvermögens, z. B. einer Eiſenbahn, ſondern als pignus nominis aufgefaßt wird.

Fragen wir nun aber nach den inneren, nicht aus den Anſichten oder Abſichten der Actionäre hergeholten Gründen, welche Jolly gegen die Qualificirung der Actiengeſellſchaft als juriſtiſche Perſon vorbringt, ſo ſind es folgende: daß die Actiengeſellſchaft nicht einen von den Intereſſen der einzelnen phyſiſchen Perſonen verſchiedenen Zweck verfolge, daß die Erträgniſſe des Vermögens den phyſiſchen Perſonen zufließen, daß alle Modalitäten, ſelbſt die Dauer der Verbindung, rein in die Willkür derſelben gelegt ſei, und daß das Vermögen einer aufgelöſten Actiengeſellſchaft nicht als bonum vacans behandelt werde. Wolle man aber dieſe Gründe mit der Annahme beſeitigen, die Actiengeſellſchaft ſei eben eine ſolche juriſtiſche Perſon, für welche dieſe Sätze gälten, reſp. nicht gälten, ſo ſei zwar der Name juriſtiſche Perſon gerettet, von einem ſelbſtſtändigen Rechtsſubjecte, verſchieden von den einzelnen phyſiſchen Perſonen, könne aber nicht mehr die Rede ſein.

Die vorgetragenen Sätze ſind in dieſer Allgemeinheit nicht begründet, wie weiter unten gezeigt werden ſoll; beſchränken wir ſie aber auch auf die reinen Gewinn-Actiengeſellſchaften, welche Jolly hauptſächlich im Auge hat, und in Betreff welcher ſie annähernd richtig ſind, ſo ſprechen dieſelben doch nicht gegen die vertheidigte Conſtruction. Was oben von der Möglichkeit der Begründung von Rechten der einzelnen Glieder als ſolcher an dem Vermögen der universitas und der Geltendmachung bei Aufhören derſelben bemerkt wurde, gilt namentlich für die reinen Gewinn-Actiengeſellſchaften und entſpricht völlig der Intention der Actionäre. Dieſe erſcheinen in den Büchern der Geſellſchaft als Gläubiger und werden bei der Liquidirung als ſolche behandelt. — Was die behauptete Abhängigkeit der Actiengeſellſchaft von dem Willen der Actionäre

betrifft, ſo beruht dieß auf einer Verwechſelung des Willens der einzelnen Actionäre mit dem durch die verfaſſungsmäßige Erklärung einer verfaſſungsmäßig beſtimmten Anzahl von Actionären auszuſprechenden Willen der Actiengeſellſchaft. — Die Nothwendigkeit der Verfolgung eines beſonderen, von dem Intereſſe der einzelnen Glieder unabhängigen Zwecks iſt, wie ſchon oben bemerkt wurde, ein willkürlich aufgeſtellter Satz. Die juriſtiſche Perſon hat als ſolche kein eigenes Intereſſe, mithin keinen von Natur gegebenen Zweck ihrer (vermögensrechtlichen) Thätigkeit. Dieſer wird ihr beliebig gegeben und kann daher auch in der Beförderung des Intereſſes der einzelnen Glieder beſtehen. Hieraus kann man jedoch ebenſo wenig die Unſelbſtſtändigkeit des Rechts der universitas ableiten, als in dem Fall, daß eine Perſon einer anderen Sachen zu Eigenthum überträgt, ſich von derſelben aber die Herausgabe aller Früchte und auch die Rückgabe der Sachen auf Verlangen verſprechen läßt [39]), das Recht des letzteren als unſelbſtſtändig erſcheint. Daß der Umſtand, daß „alle Erträgniſſe" einem anderen als dem Eigenthümer „zufließen" und die Dauer des Eigenthums von dem Willen dieſes anderen abhängt, den Eigenthümer thatſächlich als Verwalter, mithin als unſelbſtſtändig berechtigt erſcheinen läßt, iſt für die rechtliche Betrachtung völlig gleichgültig [40]).

Und zu welcher ſelbſtſtändigen Conſtruction gelangt denn

39) Ein derartiges Verhältniß wird ſtatt eines Mandats- oder Inſtitorenverhältniſſes namentlich zu dem Ende begründet werden, um dem thatſächlichen Verwalter größere Leichtigkeit bei der Adminiſtration und dem Abſchluß von Geſchäften zu gewähren, alſo aus demſelben Grunde, aus welchem ſtatt einer societas eine eines ſelbſtſtändigen Willens fähige universitas geſchaffen wird.

40) Umgekehrt betrachtet man wol denjenigen, welcher eine Forderung gekauft hat, als ſelbſtſtändig berechtigt, während die rechtliche Auffaſſung dieſe ſelbſtſtändige Berechtigung nicht anerkennen kann.

nun Jolly? Er kann der logiſchen Nothwendigkeit nicht widerſtehen und muß ſich zu der Annahme — einer juriſtiſchen Perſönlichkeit verſtehen, die er freilich als formelle, ſcheinbare bezeichnet. S. 321 definirt er die Actiengeſellſchaft als „eine formell als beſonderes ſelbſtſtändiges Rechtsſubject geltende Vereinigung.“ S. 327 heißt es: „die A.-G. gilt formell vermöge einer rechtlichen Fiction als eine juriſtiſche Perſon, d. h. ſie tritt ihren eigenen Mitgliedern und dritten Perſonen gegenüber ganz ſo in Thätigkeit, als wäre ſie in der That ein beſonderes, von den einzelnen Actionären verſchiedenes Rechtsſubject.“ Da nun alſo die „formelle Geltung“ der Actiengeſellſchaft als juriſtiſche Perſon darin beſtehen ſoll, daß die für die juriſtiſche Perſon geltenden Grundſätze auch auf die Actiengeſellſchaften Anwendung finden ſollen, jede juriſtiſche Perſon aber auf einer rechtlichen Fiction beruht und, inſofern ihr eine natürliche Perſon nicht entſpricht, nur als formelles Rechtsſubject erſcheint, ſo kann in der Erklärung Jolly's nichts anderes als die Anerkennung der Actiengeſellſchaft als juriſtiſcher Perſon gefunden werden, und dieß wird noch dadurch unterſtützt, daß „das ganze genauere Colorit, welches das römiſche Recht ſeiner societas beigelegt hat, als auf die Actiengeſellſchaft nicht paſſend“ bezeichnet, aus der aufgeſtellten Behauptung aber, daß die Actionäre die Subjecte des Vermögens bildeten, ein Rechtsſatz nicht hergeleitet, bei der Entwickelung der Rechtsſätze vielmehr von der formellen Einheit ausgegangen wird. Forſcht man nun aber nach, was Jolly ſich unter dem Gegenſatz einer formellen, ſcheinbaren und einer thatſächlichen, wirklichen juriſtiſchen Perſon gedacht hat, ſo findet man, daß er unter der letzteren die mit den oben als willkürlich beigelegt erkannten Eigenſchaften verſehenen verſteht, der ſ. g. formellen juriſtiſchen Perſon aber dieſe Eigenſchaften abſtreift. So iſt es denn lediglich die nicht

gehörige Erkenntniß des Weſens der juriſtiſchen Perſon, welches denſelben zu dieſen mißglückten Conſtructionsverſuchen veranlaßt hat. —

Bisher iſt nur von den reinen Gewinn-Actiengeſellſchaften gehandelt worden, es kommen nun aber auch Actiengeſellſchaften vor, welche einen von den Intereſſen der einzelnen Actionäre verſchiedenen Zweck verfolgen, und zwar können dieſe ſo conſtruirt ſein, daß die Actionäre weder Capitaleinſchuß, noch Gewinn, oder nur den Capitaleinſchuß oder dieſen und einen Theil des Gewinns [41]) beanſpruchen [42]). Hier würde alſo der gegen die Behandlung der Actiengeſellſchaft als universitates vorgebrachte Grund wegfallen. Bei dieſen Actiengeſellſchaften fällt aber auch die Vertheilung des Vermögens

41) In dem letzteren Fall exiſtiren die beiden Zwecke, der von den Intereſſen der Actionäre verſchiedene und der in der Verfolgung dieſes Intereſſes beſtehende neben einander. Da aber der von den Actionären in Anſpruch genommene Theil des Gewinns gewöhnlich nicht quotitativ, ſondern quantitativ nach Procenten des Capitals beſtimmt iſt, und zwar in der Höhe des gewöhnlichen Zinsfußes, das Nichtverzinſtwerden eines Capitals aber im Verkehr als Verluſt aufgefaßt zu werden pflegt, ſo erſcheint der ſpecielle Zweck der Actiengeſellſchaft thatſächlich als der einzige, welcher nur nicht mit Verluſt der Actionäre geltend gemacht werden ſoll.

42) Auch da, wo die Actionäre zunächſt nur die Abſicht haben, ihre Capitalien günſtig anzulegen, kann die Actiengeſellſchaft doch einen höheren Zweck verfolgen und mit Bezugnahme auf dieſen von dem Staat anerkannt oder beſonders privilegirt worden ſein. Dieſer Geſichtspunct wird mehr oder weniger, z. B. bei allen Eiſenbahngeſellſchaften, ſich vorfinden und derſelbe tritt dadurch namentlich hervor, daß der Staat ſeine Bewilligung von der Erfüllung mancher auf dieſen höheren Zweck ſich beziehenden, den Intereſſen der Actionäre nachtheiligen Bedingungen (z. B. Betreffs der Richtung der Bahn, der Anordnung der Züge) abhängig macht oder geſetzlich vorſchreibt, daß der ein gewiſſes Maximum überſteigende Gewinn zur Beförderung dieſes höheren Zwecks verwendet, reſp. aufgeopfert werde (z. B. durch Herabſetzung der Fahrpreiſe).

oder des ganzen Vermögens unter die Actionäre bei der Auflösung weg, ebenso, wie die Befugniß, über das Vermögen oder das ganze Vermögen zu Gunsten der einzelnen Actionäre zu verfügen, nicht vorhanden ist. Das bei der Auflösung der Actiengesellschaft vorhandene Vermögen wird, soweit dasselbe den zurückzuzahlenden Capitaleinschuß oder die herauszuzahlende Capitalquote übersteigt — bonum vacans. Die Nothwendigkeit dieser Sätze tritt besonders dann klar hervor, wenn man die Art und Weise ins Auge faßt, wie bei derartigen Actiengesellschaften die Ansprüche der Actionäre auf ihren Capitaleinschuß und einen quotitativ oder quantitativ bestimmten Gewinnantheil gewöhnlich realisirt werden. Statt weiterer Ausführungen begnüge ich mich mit der Anführung eines Beispiels. Es bildet sich eine Actiengesellschaft zur Erbauung einer Brücke; statutarisch wird festgesetzt, daß von dem nach Herstellung der Brücke erhobenen Brückenzoll den Actionären ihr Gewinnantheil (Capitalprocente) ausbezahlt, von dem übrigen Gewinn und dem etwaigen Capitalüberschuß aber einzelne (durchs Loß bestimmte) Actien eingelöst werden sollen, nach Einlösung aller Actien aber solle die Brücke einer Gemeinde oder dem Staat übergeben werden, die Verwaltung solle durch einen gewählten Vorstand besorgt, alle wichtigen Maßregeln aber von der Majorität der Generalversammlung vorgenommen werden, in dieser nur die Inhaber von Actien Stimme haben, dieselbe aber mit Ausloßung und Auszahlung der Actie erlöschen. Ist es hier denkbar, daß die letzten zwanzig Actionäre die Brücke veräußern und den Erlös unter sich vertheilen oder die Einlösung der Actien sistiren und den Gewinn ganz unter sich vertheilen, oder die Brücke einer anderen als der statutarisch bestimmten Person übertragen dürfen? Ist darum aber auch eine Construction einer solchen Actiengesellschaft, die nicht von der Annahme einer juristischen Person

und von einer verfaſſungsmäßig qualificirten, reſp. beſchränkten Willensfähigkeit derſelben ausgeht, nur entfernt denkbar?

Man erörtert häufig bei Unterſuchung der rechtlichen Natur der Actiengeſellſchaften die Frage nach der Nothwendigkeit der ſtaatlichen Beſtätigung derſelben. Meiner Anſicht nach mit Unrecht. Wenn ſich nämlich die juriſtiſche Perſönlichkeit als eine begrifflich nothwendige Eigenſchaft der Actiengeſellſchaften herausſtellt, ſo *kann* ſie der einzelnen nicht noch ſpeciell durch den Staat verliehen werden, ebenſo wenig ſie ihr vorenthalten werden kann [43]). Wol aber kann der Staat die *Anerkennung* einer *Actiengeſellſchaft* und *ſomit* auch der juriſtiſchen Perſönlichkeit derſelben von ſeiner ſpeciellen Genehmigung abhängig machen. Wo deßhalb das Erforderniß der ſtaatlichen Genehmigung aufgeſtellt iſt, erſcheint dieſelbe als nothwendig zur Perfection des die Actiengeſellſchaft gründenden Rechtsgeſchäfts, *bevor ſie erfolgt, iſt die Actiengeſellſchaft überhaupt nicht vorhanden*, und es kann deßwegen auch keiner der für die Actiengeſellſchaft geltenden Rechtsſätze angewandt werden, namentlich erſcheinen Majoritätsbeſchlüſſe nicht als bindend; die in den proviſoriſchen Statuten enthaltene Unterwerfung unter die Majorität bringt nur obligatoriſche Wirkungen hervor, wie dieſelben oben (S. 360) dargeſtellt worden ſind. Das Rechtsverhältniß unter den eventuellen Actionären ſelbſt wird möglicher Weiſe in den verſchiedenen Stadien der Entwickelung als Societät der

43) Die Verleihung der „Rechte von Corporationen" kann jedoch noch eine beſondere Bedeutung dadurch haben, daß der Actiengeſellſchaft dadurch *beſondere*, den Corporationen zuſtehende Rechte (Privilegien) zuſtehen ſollen, oder die Actiengeſellſchaft ſolcher Rechte für fähig erklärt wird, welche an ſich nicht aus dem Begriff der Perſönlichkeit fließen, z. B. da, wo nur der Inländer Grundeigenthum erwerben kann, die Fähigkeit, ſolches zu erwerben oder gewiſſe politiſche Rechte auszuüben.

Unternehmer, oder dieſer und jedes einzelnen Unterzeichners [44]), oder aller Unterzeichner erſcheinen; es kann aber auch ein anderes Rechtsverhältniß ſein.

Ob nun aber eine Actiengeſellſchaft zu ihrer Entſtehung der ſtaatlichen Genehmigung bedarf oder nicht, hat auf ihre Natur ſelbſt ebenſo wenig Einfluß, als dieß bei anderen Rechtsverhältniſſen, bei deren Entſtehung der Staat ebenfalls concurrirt, der Fall iſt [45]). —

Daß die Rechtsverhältniſſe der Gewerkſchaften und der Pfännerſchaften ſich in derſelben Weiſe, wie die der Actiengeſellſchaften conſtruiren, bedarf nur einer Andeutung. Schwieriger iſt die Frage, wohin die Vereine zu geſelligen, wiſſenſchaftlichen, religiöſen Zwecken hinſichtlich ihrer Vermögensfähigkeit, denn nur dieſe kömmt in Betracht, zu ſtellen ſind. Obgleich es nämlich als das Einfachſte und den Zwecken der meiſten derartigen Vereine am Entſprechendſten erſcheinen dürfte, dieſelben als universitates zu behandeln, ſo liegt doch die Ausbildung ſolcher Rechtsſätze, wie wir ſie bei den Actiengeſellſchaften vorfinden und aus welchen die Nothwendigkeit, denſelben eine juriſtiſche Perſönlichkeit beizulegen, abgeleitet werden konnte, hier nicht ſo deutlich erkennbar vor Augen, und es erklärt ſich dieß einerſeits aus der verſchiedenartigen Geſtaltung ſolcher Vereine, ſowie aus dem Umſtande, daß die Vermögensverhältniſſe meiſt nur eine untergeordnete Rolle ſpielen und die Geſchäfte ſehr einfacher

44) Hier würde namentlich der Satz der l. 20 pro socio: socii mei socius, socius meus non est Anwendung finden.

45) Da, wo particularrechtlich vorgeſchrieben iſt, daß ein Viehhandel Rechtswirkungen nur erzeuge, wenn er gerichtlich verlautbart ſei, oder daß der Abſchließung eines Leibzuchtsvertrags eine gerichtliche causae cognitio vorhergehen müſſe, haben dieſe Rechtsgeſchäfte nicht entfernt eine andere Natur als da, wo dieſelben durch einfachen Conſens perfect werden.

Natur ſind, andererſeits aber aus der Energieloſigkeit unſerer Jurisprudenz [46]). Derartige Vereine ſind meiſt in der Art von Corporationen geordnet, die Verwaltung ihres Vermögens und die Dispoſition über daſſelbe iſt meiſt der (einer) Majorität der Mitglieder oder einem Vorſtand übertragen, welcher von dieſer, oder einem Ausſchuß oder durch ſich ſelbſt (Cooptation) gewählt wird, oder durch einen äußeren Umſtand (Alter, Bekleidung eines Amts, Beſitz eines Grundſtücks u. ſ. w.) beſtimmt iſt; kein einzelnes Mitglied kann die Herausgabe eines Theils des Vermögens beanſpruchen, das austretende Mitglied verliert ſeine Rechte, wird aber auch frei von Verpflichtungen, dieſe gehen überhaupt nur bis zu einem beſtimmten Quantum, das neueintretende Mitglied erwirbt dieſelben Rechte, wie jedes alte Mitglied und wird in derſelben Weiſe verpflichtet, die (eine) Majorität kann neue Mitglieder aufnehmen, alte ausſchließen u. ſ. w. u. ſ. w. — alle dieſe Sätze ſcheinen auf das Vorhandenſein einer juriſtiſchen Perſönlichkeit hinzudeuten, d. h. ſie laſſen ſich am leichteſten realiſiren, wenn eine ſolche vorhanden iſt, jedoch ſetzen ſie eine ſolche nicht nothwendig voraus, ſondern laſſen ſich ſämmtlich, mitunter freilich in ſehr gezwungener Weiſe [47]), mit der Conſtruction des Vereins als societas vereinigen, wenigſtens einer societas, welche in einer gegen ihr Grundprincip (der Coexiſtenz der Rechte der Einzelnen) nicht verſtoßenden Weiſe modificirt wäre. Die einzelnen Sätze können freilich dann immer nur die Mitglieder ſelbſt binden in der Weiſe, wie oben

46) Vergl. Mommsen, De collegiis p. 119 timida nostra prudentia.

47) Durch Annahme von Schenkungen unter Bedingungen und mit modus nach verſchiedenen Richtungen hin, Pönalſtipulationen, deren Gegenſtand die jedesmal das einzelne Mitglied treffende Quote des gemeinſchaftlichen Vermögens wäre, Delegationen, Expromiſſionen u. ſ. w.

(S. 360) ausgeführt wurde, Dritten gegenüber können ſie ſchlechterdings keine Wirkung ausüben, namentlich würde alſo der Widerſpruch eines einzelnen Mitglieds gegen die Handlungen des Inſtitors (Vorſtands) dieſe für daſſelbe unverbindlich machen, Widerſpruch gegen die Klage des Procurators des Vereins dieſen an der Geltendmachung einer Forderung in ihrer Totalität verhindern, der Klage ſelbſt aber würden Exceptionen aus den Perſonen der einzelnen Glieder bis zur Höhe der Rate derſelben opponirt werden können. Das Austreten eines alten Mitglieds und das Eintreten eines neuen würde Dritten gegenüber weder jenes liberiren, noch dieſes obligiren [48]). Die limitirte Haftung der einzelnen Mitglieder würde zwar in Vertragsverhältniſſen aus der jedem Contrahenten gegenüber ſtillſchweigend abgegebenen Erklärung hergeleitet werden können [49]), dieß würde aber nicht möglich ſein bei ſolchen Obligationen, welche durch Zuſtände entſtehen, wie z. B. die Verpflichtung zur cautio damni infecti. Der bedrohte, reſp. beſchädigte Nachbar braucht ſich hier nicht eine Beſchränkung der Haftung gefallen zu laſſen, die Mitglieder ſtehen ihm wie ſonſtige condomini gegenüber.

Nun wird ſich aber wol meiſtens wenigſtens ein Gerichtsgebrauch nachweiſen laſſen, durch welchen die eine oder die andere dieſer Conſequenzen aus der Societät ausgeſchloſſen iſt. Damit iſt aber auch, da nach den obigen Ausführungen die Anerkennung eines Geſammtwillens die Anerkennung des Willens der Einzelnen ausſchließt [50]), die juriſtiſche Perſönlichkeit

48) Ebenſo würde eine Klage des einzelnen Mitglieds auf Theilung nicht ohne Weiteres abgewieſen werden, ſondern nur durch eine Exception aus dem Geſellſchaftsvertrag unwirkſam gemacht werden können. (Wichtig bei Contumacia.)

49) S. o. N. 21.

50) Man kann hiergegen nicht einwenden, daß nach manchen Vereinsſtatuten zu gewiſſen wichtigen Geſchäften Stimmeinhelligkeit

der beſprochenen Vereine oder einer Art derſelben anerkannt, und es liegt die Nothwendigkeit vor, auch ſämmtliche aus dieſer Eigenſchaft hervorgehenden Sätze anzuerkennen. Hierin liegt aber die practiſche Bedeutung der genauen Begriffsbeſtimmung der rechtlichen Natur ſolcher Geſammtheiten und des Stellens derſelben in die eine oder die andere Kategorie. —

Was die ſ. g. „Familiengenoſſenſchaften“ betrifft, ſo kann dieſer allgemeinen Bezeichnung ein Rechtsbegriff ſchlechterdings nicht untergelegt werden, ja es fehlt ihnen häufig ſogar die thatſächliche Unterlage einer Gemeinſchaftlichkeit. Jede einzelne Art muß ihrem rechtlichen Charakter nach beſonders unterſucht werden, ja bei der großen Verſchiedenheit der Rechtsbildungen und der mangelhaften Ausbildung einer juriſtiſchen Terminologie wird es oft nothwendig, dieſe Unterſuchung auf die einzelnen Rechtsbildungen zu erſtrecken. Meiſtens ſtellen ſich die ſ. g. Familiengenoſſenſchaften als communiones dar, häufig liegen, wie das von Anderen [51]) ſchon zur Genüge ausgeführt iſt, nur Eigenthumsbeſchränkungen durch künſtlich geſchaffene Succeſſionsrechte vor. Mitunter aber finden ſich auch vollſtändig alle Requiſite zur Annahme einer juriſtiſchen Perſon vor [52]), wie dieß namentlich bei den

---

gefordert wird. Die ſämmtlichen Mitglieder bilden hier das verfaſſungsmäßige Organ der Geſammtheit; daß ſie aber darum noch nicht als Einzelne handeln, ergibt ſich daraus, daß die von dem Einzelnen abgegebene Erklärung nicht mehr zurückgenommen werden kann, dieſer alſo auch nicht für ſeine Perſon z. B. das Klagmandat zurücknehmen oder ſeinen Theil der Forderung erlaſſen kann.

51) Namentlich von L. Duncker in ſeinem Geſammteigenthum.

52) Die juriſtiſche Perſönlichkeit wird da, wo landesherrliche Verleihung nicht vorhanden iſt, auf Herkommen beruhen. Rechtsſätze konnten ſich bei der Verſchiedenheit der rechtlichen Erſcheinung ſolcher Gemeinſchaften ſchwer bilden.

meiſten Ganerbſchaften [53]) angenommen werden muß, bei welchen ein Geſammtwille ausdrücklich anerkannt wird [54]). —

Allmend, Mark. Die Rechte an der Allmend ſtellen ſich als Uebergangsſtufen aus der lediglich thatſächlichen Benützung des unoccupirten Bodens in das Privateigenthum der Einzelnen dar. Man muß deßhalb bei ihnen verſchiedene Phaſen unterſcheiden [55]).

Der von den Einzelnen nicht ausſchließlich occupirte Boden wird urſprünglich von jedermann, dem es paſſend ſcheint, benützt, ohne daß dieſer oder eine Geſammtheit der ausſchließlich occupirten Güter, eine Gemeinde, eine Ausſchließlichkeit in Anſpruch nimmt — res nullius und darum res omnium communis. Das Bedürfniß führt zunächſt zur Ausſchließung der Benützung durch die der Geſammtheit der bisherigen Benützer, der Gemeinde, nicht Angehörenden. Der Boden wird dadurch zur res publica (res populi, d. i. der Gemeinde), wird aber von jedem Nichtausgeſchloſſenen, alſo jedem Gemeindegenoſſen, benützt — in publico (d. i. populi) usu habetur. Das Bedürfniß führt weiter zu einer Begränzung die-

---

53) Aus der von Eſtor bezeugten reichskammergerichtlichen Anerkennung der mit dem Ganerbſchaftsſiegel verſehenen „Generalgewalten" und der durch den Aelteſten oder die Baumeiſter unterſchriebenen „Specialgewalten" möchte ich auf die gemeinrechtliche Anerkennung der Ganerbſchaft als ſolcher als juriſtiſcher Perſon nicht unbedingt ſchließen; unzweifelhaft geht dieſelbe aber aus den Statuten einzelner Ganerbſchaften und den Verträgen derſelben mit dem Landesherrn hervor.

54) Auch der Familiengemeinſchaft, von welcher Gerber a. a. O. S. 200 berichtet, ſtehe ich nicht an, eine juriſtiſche Perſönlichkeit beizulegen. Die Anerkennung eines Geſammtwillens ſcheint nach dem dort Mitgetheilten evident.

55) Vergl. Renaud, die Gemeindenutzungen in Zeitſchr. für deutſches Recht. Bd. IX. Nr. 1 und Michelſen, von der bauerſchaftlichen Meentverfaſſung, ebendaſ. Bd. VII. Nr. 5.

ſer Benützung durch die einzelnen Genoſſen, ſo daß die Qualificirung der Benützung als Recht nicht nur den außerhalb der Gemeinde Stehenden, ſondern auch den Genoſſen gegenüber bedeutſam wird. Dieſe Begränzung tritt anfänglich nur einer zu ſtarken Benützung durch die Einzelnen entgegen, bildet ſich aber ſpäter in die Theilung der Benützung nach ideellen Theilen um. Dieſe Theilung und damit Fixirung der Benützung der Einzelnen dem Umfang nach macht es möglich, das Recht auf dieſelbe als ſelbſtſtändiges, für ſich allein (ohne die den Nutzungsberechtigten eigenthümlichen Güter) veräußerliches aufzufaſſen, ſo daß, während anfänglich das der Gemeinde Angehören die Bedingung des Nutzungsrechts war[56]), das Verhältniß ſich nun umdrehte und das Nutzungsberechtigtſein als Bedingung der Gemeindeangehörigkeit betrachtet werden konnte[57]); ferner war aber auch nun die Möglichkeit vorhanden, daß neben der mit der Gemeinde urſprünglich identiſchen Geſammtheit der Nutzungsberechtigten, reſp. um ſie herum, eine beſondere Gemeindegeſammtheit ſich bilden konnte.

Berückſichtigt man nun, daß die Nutzungsberechtigten von da an, wo ſie ſich gegen Dritte abſchließen, überall als Geſammtheit auftreten, mit Stimmenmehrheit Vorſteher wählen, die Benützung der unvertheilten Ländereien regeln, Verträge abſchließen, Proceßführung gültig beſchließen[58]), ſo wird man mit Nothwendigkeit zur Annahme einer juriſtiſchen Perſon geführt, welche als Eigenthümerin der Allmend zu

56) Analog iſt das ausſchließliche Nutzungsrecht der Patricier am ager publicus; vergl. Ihering, Geiſt des röm. Rechts. Thl. I. S. 196. N. 104.

57) Die meiſt ausſchließliche Beſtreitung der Gemeindeausgaben durch die Nutzungsberechtigten vermittelte dieſe Umgeſtaltung.

58) S. Renaud a. a. O. S. 89 ff. Verfehlt iſt hier nur die S. 93 verſuchte Begründung der Befugniß der Majorität, einen Proceß zu beſchließen durch die Unſchädlichkeit derſelben für die Einzelnen.

betrachten iſt. Daß dieſelbe urſprünglich mit der Gemeinde (politiſchen Gemeinde) zuſammenfällt, ſpäter aber innerhalb derſelben ſich beſonders ausbildet oder ganz ſich von ihr loslöſt, berührt ihre rechtliche Natur ſelbſt nicht. Die Nutzungsrechte der einzelnen Glieder dieſer Geſammtheit können nur als Rechte an dem der Geſammtheit eigenthümlichen Grund und Boden aufgefaßt werden, und die urſprüngliche Unbeſtimmtheit dem Umfang nach und ſpätere verſchiedene Fixirung derſelben ändert an dieſem Charakter nichts. — Wo die Gemeinde nicht Eigenthümerin der Allmend, ſondern dieſe ihr geliehen war, geſtalten ſich die Rechte in analoger Weiſe.

Der von Bluntſchli[59]) gegen die Conſtruction der Allmend als im Eigenthum der Gemeinde als einer universitas ſtehenden Gutes vorgebrachte Grund, „die Gemeinde beſitze und nutze keineswegs oder nur in untergeordnetem Maße die Allmend für ſich," findet ſchon in dem oben (S. 371) Ausgeführten ſeine Widerlegung. Will man bei der Entſcheidung der Frage, wem ein Recht zuſtehe, von dem Umſtand ausgehen, wem die „Nutzung" oder „hauptſächliche Nutzung" — „die realſte Seite in der Ausübung der Herrſchaft" — zuſteht, ſo muß man annehmen, daß das Eigenthum mit Beſtellung eines Uſusfructus, aber auch ſelbſt mit Commodirung und precärer Ueberlaſſung untergehe und ſich nur in ein Rückforderungsrecht verwandele, ja man kann ſelbſt denjenigen, welcher verpflichtet iſt, den Ertrag oder hauptſächlichen Ertrag eines Grundſtücks einem Anderen herauszugeben, nicht mehr als Eigenthümer betrachten, namentlich auch denjenigen nicht, deſſen Güter ſequeſtrirt ſind. Wenden wir dieß auf die Gemeinde an, ſo würde, wenn die Gemeinde ein Krankenhaus aus dem Ertrag ihres Kämmereivermögens baut, zu der Kran-

59) Deutſches Privatrecht. §. 58. S. 257.

kenpflege den Ertrag eines Grundſtücks beſtimmt, und feſtſetzt, daß nur Gemeindeglieder, aber auch alle Gemeindeglieder, nicht nur etwa die armen, darin Verpflegung, und zwar unentgeldliche, finden ſollten, oder wenn ſie ein Waſchhaus zur Benützung aller Gemeindeglieder errichtet oder den Ertrag eines Kämmereiguts zur Ausrichtung eines jährlichen Gemeindefeſtes, bei welchem jedes Gemeindeglied für eine beſtimmte Summe Eſſen und Trinken erhalten ſoll — ſo würde in dieſen Fällen die Gemeinde nicht Eigenthümerin dieſer Grundſtücke bleiben können, wenngleich ſie dieſelben rechtlich vertritt und adminiſtrirt, die „realſte Seite der Ausübung der Herrſchaft“ fehlt ihr ja, denn Krankenpflege, Beförderung der Reinlichkeit und Erheiterung der einzelnen Gemeindegenoſſen iſt nicht Gemeindezweck und das dafür verwandte Geld nicht für den Nutzen der Gemeinde verwandt.

Die Rechtsverhältniſſe an der Mark conſtruiren ſich ganz in derſelben Weiſe, wie die an der Allmend. —

Ich wende mich zum Schluß noch zu einer Bemerkung von Ihering. Um die auffällige Erſcheinung der Popularklagen zu erklären, ſtellt derſelbe die Rechte der Gentilen an den im gemeinſamen Gebrauche ſtehenden Sachen folgendermaßen dar[60]): „Die Sachen der Gens gehörten ſämmtlichen Gentilen zuſammen. (N. 98. Nicht ihr als einer juriſtiſchen Perſon; das iſt eine Abſtraction, deren erſt der entwickelte juriſtiſche Verſtand fähig iſt, die wir alſo nicht in die Kindheitszeit des Rechts verlegen dürfen.) Dies Recht unterſchied ſich von dem, was Jemandem als Einzelnem zuſtand, dadurch, daß es kein excluſives, ſondern ein ihm mit ſeinen Genoſſen ungetheilt-gemeinſames, und ſodann, daß es kein veräußerliches, ſondern ein untrennbar mit der corporativen Gemein-

60) Geiſt des röm. Rechts. Bd. I. S. 186.

ſchaft verknüpftes war — eine Art des Rechts, die im deutſchen Recht ſehr verbreitet, im ſpäteren römiſchen aber dem Princip der Excluſivität des Rechts erlegen iſt. (N. 99., d. h. das ungetheilt-gemeinſame Eigenthum aller Mitglieder einer Corporation ward ſpäter als Eigenthum einer juriſtiſchen Perſon dargeſtellt. Es wird vielleicht eine Zeit kommen, wo man dieſen Schritt wieder zurückmacht und mit Aufgabe dieſer Fiction jenes natürliche Verhältniß juriſtiſch zu conſtruiren verſucht. Wenn der Verſuch erſt für das deutſche Recht befriedigend gelungen iſt, wird dies für das römiſche Recht ſchwerlich ohne Einfluß bleiben)." Dieſe Stelle führe ich aus einem doppelten Grunde an. Einmal, weil ich es für richtig halte, daß den Gentilen gewiſſe Sachen ungetheilt-gemeinſam gehörten und hiermit das Vorkommen gleicher rechtlicher Zuſtände bei den Römern und Germanen auch nach dieſer Seite belegt wird, ferner aber, weil den in den Noten aufgeſtellten Sätzen entgegengetreten werden muß. Der Grund, welcher in Note 98 für die Behauptung, daß die Sachen nicht einer juriſtiſchen Perſon zuſtänden, angeführt iſt, widerſpricht Ihering's eigenen Ausführungen in §. 3. Die juriſtiſche Perſon wird nicht dnrch den entwickelten juriſtiſchen Verſtand geſchaffen, ſondern erkannt, ſie kann aber ſchon exiſtiren, ehe das Erkenntnißmittel vorhanden iſt, ebenſo wie eine Actiengeſellſchaft juriſtiſche Perſon iſt, auch wenn kein Actionär ſie dafür erkennt. Die Gens konnte aber, ſoweit ſie organiſirt war, nichts Anderes als eine juriſtiſche Perſon ſein (ſ. o.) und deßwegen war ſie es[61]). Auch

61) Ihering's Erklärung der Popularklagen als auf dem eigenen Recht der Einzelnen beruhender läßt ſich aufrecht erhalten, wenn man auch nur ein Nutzungsrecht der Einzelnen an der Sache der Geſammtheit annimmt (ſ. o.), ja ein ſolches Recht bildet gleichſam eine natürlichere Sachlegitimation.

der in Note 99 ausgesprochenen Vermuthung muß entgegengetreten werden. Der zurückzumachende Schritt könnte nur ein offenbarer Rückschritt sein. Stellen sich ja doch die verschiedenen Constructionen von Genossenschaft und Gesammteigenthum als Producte einer auf halbem Wege stehen gebliebenen Untersuchung dar und zeigt sich in denselben in hohem Grade die von Mommsen[62]) mit Recht getadelte Energielosigkeit der germanistischen Jurisprudenz. Sieht Ihering den Werth der erwarteten neuen Construction in dem Aufgeben der Fiction, so würde dieß dann vielleicht richtig sein, wenn diese Fiction eine vom Recht geschaffene wäre. Dieß ist aber nicht der Fall, die Fiction wird vielmehr aus dem täglichen Leben hergeholt, wo sie gäng und gebe und in der Sprache überall anerkannt ist[63]).

Zweites Capitel.

Die dinglichen Rechte.

§. 28.

Verschiedenheit des Princips der dinglichen Rechte.

Das römische Recht ist nach dem Verf. in Betreff der dinglichen Rechte in dreifacher Weise beschränkt:

62) (S. o. N. 6) p. 119: Hodie quoque societates publicae jura personae quam maxime requirunt et clara voce flagitant; sed timida nostra prudentia privilegia a rege impetrata nescit ita interpretari, ut usus communis exposcit.

63) Eine Fiction bleibt, so sehr sich Beseler und Bluntschli dagegen sträuben, aber doch immer vorhanden; denn sobald wir mehrere Personen in Betreff ihres Erkennens oder ihres Wollens als Einheit fassen, schreiben wir ihnen eine Seele zu, welche, wenigstens nach unserer menschlichen Erkenntniß, nur der Einzelne hat — wir fingiren also.

1) Aus dem Begriff des Eigenthums als ausſchließlicher Herrſchaft folgt, daß ein Dritter ein Recht an der Sache nur haben kann, wenn es ihm durch einen beſonderen Willensact vom Eigenthümer eingeräumt iſt. Alle jura in re aliena ſind Beſchränkungen des Eigenthums.

2) Das Eigenthum iſt reines Recht, es kann alſo nur dadurch beſchränkt werden, daß der Eigenthümer etwas zu dulden oder nicht zu thun verpflichtet wird. Servitutes, quae consistunt in faciendo ſind von den Römern für juriſtiſch unmöglich erklärt.

3) Perſönliche Beziehungen zu dem Eigenthümer vermögen kein dingliches Recht an deſſen Sachen zu begründen, alſo ſind dingliche Rechte, denen ein perſönliches Verhältniß zu Grunde liegt, für die Römer unconſtruirbar.

Nach germaniſchem Recht hingegen iſt das Eigenthum nicht reines Recht ohne Pflicht und daher iſt die Conſtruction der Reallaſten möglich. Ferner iſt das Eigenthum nicht ein ſo ausſchließliches Recht, daß Rechte dritter Perſonen ausgeſchloſſen würden, vielmehr begründet die ſittliche Pflicht des Eigenthümers, beim Gebrauch ſeines Rechts diejenigen Rückſichten zu reſpectiren, welche er auf Grund beſonderer perſönlicher Verhältniſſe beſtimmten Perſonen ſchuldig iſt, Rechte für dieſe, welche, neben dem Rechte des Eigenthümers beſtehend, ihren Grund nicht in einem Willensacte des Letzteren, ſondern unmittelbar in dem perſönlichen Verhältniſſe zu dem Eigenthümer haben. Exiſtiren ſolche Rechtsverhältniſſe ſchon ohne Vertrag, ſo können auch durch Vertrag neue ähnliche conſtituirt werden, und Verträgen, die zunächſt nur ein perſönliches Verhältniß begründen, kann man einen dinglichen Charakter geben. Dieß geſchieht bei den verſchiedenen Arten der Leihe.

Wenn man den im römiſchen Recht als jura in re aliena aufgefaßten Rechten die im deutſchen Recht anerkannten dinglichen Rechte und die mit dem Beſitz von Sachen verbundenen Rechte und Verpflichtungen gegenüberſtellt, ſo ſtellt ſich eine ſehr große Verſchiedenheit heraus, und glaubt man damit die in beiden Rechten ſich entſprechenden Rechtsbildungen gegenübergeſtellt zu haben und ſomit zu einer Vergleichung berechtigt zu ſein, ſo findet man allerdings auf der einen Seite eine kleinlich erſcheinende Beſchränkung, auf der anderen eine großartige Mannigfaltigkeit der Rechtsbildung. Scheidet man von der Betrachtung noch einzelne römiſche jura in re aus [1]), ſo wird der Gegenſatz um ſo größer. Dieſe Gegenüberſtellung iſt jedoch völlig ungerechtfertigt. Den römiſchen jura in re aliena entſprechen die deutſchen an Sachen begründeten Rechte. Daß es früheren Rechtslehrern gefallen hat, unſere Reallaſten nach Analogie der Servituten zu behandeln, ſie wol gar als Servituten aufzufaſſen, macht dieſelben noch nicht zu dinglichen Rechten nach der der römiſchen Auffaſſung zu Grunde liegenden Idee — zu jura in re aliena. — Will man jedoch die römiſche Begriffsfaſſung für eine zufällige, poſitive erklären und ſtatt derſelben einen weiteren Begriff, welcher neben den den jura in re aliena entſprechenden Rechten auch die Reallaſten umfaſſen ſoll, aufſtellen, ſo kann dieß nur durch die Aufſuchung der gemeinſamen Merkmale beider Begriffe und die Abſtrahirung der verſchiedenen geſchehen. Einziges gemeinſames Merkmal iſt nun aber lediglich, daß beide Rechtsverhältniſſe nicht zwiſchen beſtimmten Perſonen begründet ſind, ſondern an Sachen geknüpft erſcheinen; man erhält alſo den Begriff des an eine Sache geknüpften Rechtsverhältniſſes. Dieſer Begriff umfaßt zwar noch andere Rechte, als

1) Emphyteuſe, Hypothek. Schmidt, S. 249.

diejenigen, für welche er aufgesucht wurde, doch kann er nicht enger gefaßt werden, denn eine Beschränkung desselben auf die jura in re und die Reallasten kann nur durch Aufnahme der einzelnen Merkmale beider Begriffe und alternative Nebeneinanderstellung derselben vorgenommen werden, wodurch man eine Summe von zwei coordinirten Begriffen, aber nicht einen weiteren Begriff erhält.

Dem Begriff des an eine Sache geknüpften Rechtsverhältnisses[2]) „geht alle systematische Brauchbarkeit ab[3]),“ da die Verbindung in verschiedener Weise erfolgt, verschiedene rechtliche Wirkungen hervorbringt und verschiedenartige Klagen durch dieselbe bedingt sind. Es soll daher nicht prätendirt werden, diesen Begriff in die Jurisprudenz einzuführen, derselbe erscheint jedoch geeignet, einer Materialkritik zu Grunde gelegt zu werden.

Das Bedürfniß des Lebens verlangt, daß gewisse Interessen nicht nur von bestimmten Personen, welche ein Rechtsgeschäft abgeschlossen haben, und ihren Universalsuccessoren, oder solchen Personen und ihren Universalsuccessoren gegenüber rechtlich geltend gemacht werden, manche Interessen können sogar nur dadurch realisirt werden, daß von concreten Personen ganz abstrahirt wird — das Recht hat daher die Aufgabe, Mittel zur Realisirung solcher Interessen zu schaffen[4]). Die Verknüpfung des Rechtsverhältnisses mit einer Sache bietet sich als wirksames Mittel dar[5]). Die Untersuchung, ob

2) Vgl. Savigny, System. Bd. II. §. 103. S. 375 ff. Derselbe, Obligationenrecht. Bd. I. §. 15.

3) Für diesen Begriff gilt dasselbe, was Puchta (Pandecten §. 140.) mit den oben gebrauchten Worten für den die mit in rem actiones verfolgbaren Rechte zusammenfassenden Begriff behauptet.

4) Vgl. Savigny, System. Bd. II. §. 103.

5) Diese Verbindung ist nicht das einzige Mittel: auch mit Statusverhältnissen können Rechtsverhältnisse verbunden werden.

und wie weit eine ſolche Verbindung in einem Rechte vorkömmt, ergiebt daher, ob und wie weit daſſelbe dem erwähnten Bedürfniß Rechnung getragen hat, in dieſer Weiſe aber ſcheint mir die Aufgabe dieſes Paragraphen präciſirt werden zu müſſen. Gegen die Frage nach „ob“ und „wie weit“ tritt die Frage nach dem „wie“ für unſere Unterſuchung in den Hintergrund, denn die Art und Weiſe der Verbindung, ſowol was die Formulirung der betreffenden Rechtsſätze, als die Stellung derſelben in dem Syſtem betrifft, iſt oft eine zufällige [6]). In der folgenden Tabelle, in welcher verſucht worden iſt, die verſchiedenen, dem römiſchen Rechte bekannten Verknüpfungen von Rechtsverhältniſſen mit Sachen aufzuzählen, iſt daher zunächſt von der juriſtiſchen Conſtruction, namentlich aber von der ſyſtematiſchen Stellung der einzelnen Sätze ganz abgeſehen worden [7]).

Das römiſche Recht kennt folgende Verknüpfungen von Rechtsverhältniſſen mit Sachen:

1) Recht, eine Sache völlig zu beherrſchen, inne zu haben, zu gebrauchen und über dieſelbe zu disponiren — Eigenthum.
2) Recht, eine im Eigenthum eines Anderen ſtehende Sache inne zu haben,
   a) um dieſelbe zu gebrauchen und Früchte aus ihr zu ziehen;
      α) das Recht iſt dem Eigenthümer und Dritten gegenüber begründet — ususfructus, Recht am ager vectigalis, jus emphyteuticum, Rechtsverhältniß des colonus;
      β) das Recht iſt Dritten, aber nicht dem Eigen-

6) S. u.

7) Auf die juriſtiſche Conſtruction wird unten eingegangen werden.

thümer gegenüber begründet — possessio des ager publicus, precarium;

b) um dieſelbe nur in beſtimmter Weiſe zu gebrauchen, ohne Früchte aus ihr zu ziehen — superficies;

c) um dieſelbe eventuell zu veräußern ohne Gebrauchsrecht — pignus.

3) Recht, auf einer Sache ohne Innehabung derſelben gewiſſe Handlungen vorzunehmen und Theile aus ihr zu entnehmen;

a) das Recht iſt dem Eigenthümer und Dritten gegenüber begründet — servitutes in patiendo (mit Ausnahme des ususfructus), Recht eines Gliedes einer universitas an Sachen derſelben (res quae in usu publico i. e. populi, aber auch municipum, sodalium sunt);

b) das Recht iſt nur dem Eigenthümer und berechtigten Detentor der Sache gegenüber begründet — interdictum de glande legenda, de thesauro, de cloacis, quod vi aut clam, actio aquae pluviae arcendae (auf Geſtattung der Ausräumung der Gräben und Reparatur des Dammes);

c) das Recht iſt nur Dritten gegenüber begründet — precäre Geſtattung einer Servitut.

4) Recht, die Vornahme beſtimmter Handlungen auf einer Sache zu unterſagen — servitutes in non faciendo, actio aquae pluviae arcendae, Verbot des Verbauens des Luftzugs, interdictum ne quid in flumine publico, actio de positis et suspensis.

5) Recht, eine fremde Sache zum eigenen Vortheil zu veräußern — hypotheca.

6) Recht, von dem Beſitzer einer Sache die Vornahme gewiſſer Handlungen zu fordern,

a) Herausgabe der Sache,

α) mit Eigenthumsübertragung,

aa) wegen Delicts des Auctors — actio quod metus causa, actio Pauliana;

bb) wegen durch die Sache ſelbſt zugefügten Schadens — noxae deditio;

cc) wegen öffentlichen Nutzens — Abtretung eines Grundſtücks zur via publica, wenn dieſe zerſtört iſt;

β) ohne Eigenthumsübertragung — actio ad exhibendum;

b) Handlungen auf der Sache zum Vortheil der Nachbarn — interdictum de arboribus caedendis, actio aquae pluviae arcendae (auf Reinigung der Gräben, Herſtellung eines Dammes), Erhaltung der tragenden Mauer, Hinwegräumung der die Ausübung der Servitut hindernden Sachen (l. 19. §. 1. de usufructu) — (Verpflichtung, eine via zum sepulcrum gegen Entgeld zu conſtituiren);

c) Erſatz des durch die Sache zugefügten — actio de pauperie, de pastu, in factum, und Cautionsbeſtellung wegen drohenden Schadens — cautio damni infecti;

d) Präſtationen zu öffentlichen Zwecken — Unterhalten der an den Grundſtücken vorbeiführenden Wege u. ſ. w., Grundſteuer, annona, Spanndienſte u. ſ. w.;

e) Präſtationen, welche als Entgeld für die Ueberlaſſung der Sache erſcheinen — vectigal, canon, solarium, Zehnten. —

Das Subject eines ſolchen Rechts iſt entweder:

1) eine einzelne concrete Perſon, und zwar
   a) für ihre Lebensdauer oder eine kürzere Zeit und ohne daß ſie das Recht veräußern kann — Perſonalſervituten;
   b) für immerwährend oder eine beſtimmte Zeit und mit der Fähigkeit der Veräußerung und Vererbung — Eigenthum, emphyteusis, superficies etc. (usus einer juriſtiſchen Perſon?),
2) oder der Berechtigte iſt durch das Eigenthum eines Grundſtücks beſtimmt,
   a) deſſelben, deſſen Beſitzer zu Leiſtungen verpflichtet iſt — Zehnten, vectigal, canon, solarium,
   b) eines anderen Grundſtücks — Realſervituten, aquae pluviae arcendae actio, interdictum de arboribus caedendis, de glande legenda etc., cautio damni infecti etc.,
3) oder durch Statusverhältniſſe — Glied des Volks, einer Gemeinde, Corporation, Vater (ususfructus des Vaters) — der Staat (Grundſteuer),
4) oder durch eine anderweite Berechtigung — pignus, hypotheca,
5) durch ein Beſchädigtſein — actio de pauperie etc., actio quod metus causa etc.,
6) durch ein beliebiges Intereſſe — actio ad exhibendum.

Die Verbindung des Rechts mit der Sache erfolgt entweder durch Privatdispoſition oder durch Rechtsſatz, und zwar finden ſich bei manchen dieſer Verbindungen beide Entſtehungsarten vor (Hypothek, Uſusfructus).

Aus dieſer Zuſammenſtellung ergiebt ſich im Allgemeinen, in welcher umfaſſenden Weiſe das römiſche Recht dem oben

(S. 388) beſprochenen Bedürfniß Rechnung getragen hat, ſpeciell aber, daß dieſes Recht keineswegs nur in der Art Rechtsverhältniſſe mit Sachen verknüpft, daß dadurch „eine Minderung der in dem Eigenthum liegenden Rechte hervorgebracht wird“ und dieſe Beſchränkung nur auf dem „Willensacte“ einer Perſon beruht, daß vielmehr durch die dem römiſchen Recht bekannten Verknüpfungen von Rechten mit Sachen dieſelben Wirkungen hervorgebracht werden, welche wir im deutſchen Recht als Reſultate ſolcher Verknüpfungen vorfinden. Mithin liegt auch nach dieſer Richtung eine principielle Verſchiedenheit beider Rechte nicht vor.

Wenden wir uns nun zu der Betrachtung der Formulirung der dieſe Rechte normirenden Sätze und der Stellung derſelben im Syſtem.

Es wird wol nicht leicht Jemand annehmen, daß die Römer von Anfang an von dem beſtimmt erkannten Begriff des jus in re aliena ausgegangen ſeien und ſich mit Bewußtſein jeder ſchaffenden Thätigkeit, deren Producte dieſem Begriff widerſprochen hätten, enthalten hätten. Der Begriff des jus in re beruht vielmehr auf einer wiſſenſchaftlichen Abſtraction aus dem vorhandenen Rechtsſtoff. Geſchaffen aber wurde dieſer urſprünglich ohne Rückſicht auf die Wiſſenſchaft mit Berückſichtigung des Bedürfniſſes, geſchaffen wurde er nicht als Ganzes, ſondern im Einzelnen und auf die dieſer Schaffung zu Grunde liegende Idee iſt bei einer materiellen Beurtheilung einzugehen.

1) Die Benutzung des Ackers wird verhindert oder erſchwert durch die Continuität des bebauten Landes. Man beugt dieſem Mangel im allgemeinen Intereſſe vor durch rechtliche Unterbrechung dieſer Continuität, indem man ſchmale,

die einzelnen Grundstücke berührende Streifen Landes von der privaten Benutzung ausschließt. Durch schlechte Ausführung dieser Weganlegung, Veränderung der Eigenthumsverhältnisse und andere Umstände kann diese Abhülfe leicht nicht als genügend zweckentsprechend erscheinen, und die einzelnen Grundstücksbesitzer suchen dem Nachtheile der Continuität dadurch abzuhelfen, daß sie von ihren Nachbarn die Erlaubniß erwerben, ihren Grund und Boden in der Art begehen, befahren, betreiben, Wasser über denselben führen zu dürfen u. s. w., als sei derselbe unoccupirtes Land. Der Zweck wird aber, wenn, wie das die Regel ist, die besondere Benutzungsart des eigenen Grund und Bodens nicht eine vorübergehende ist, nur dann erreicht werden, wenn die gegebene Erlaubniß eine unwiderrufbare, aber auch nicht an die Person der Eigenthümer der benachbarten Grundstücke, resp. deren Universalsuccessoren gebunden ist, sondern von jedem Eigenthümer und jedem Eigenthümer der Grundstücke so lange gewährt werden muß, als die beiden Grundstücke physisch existiren und rechtlich hinsichtlich des Eigenthums gesondert bleiben. Dieses Resultat erreichte man dadurch, daß man den Vertrag durch die Solennität des ältesten Rechts (die Mancipation) unter die Garantie des Volkes stellte und dessen Inhalt in der lex mancipationis perpetuirte. Diese Art der Perpetuirung durch Mancipation hatte aber auch noch einen wesentlichen Einfluß auf die Natur des Rechts selbst. Während bei einem einfachen Versprechen das Recht des Promissors darin bestanden hätte, von dem Eigenthümer zu verlangen, daß dieser ihn nicht verhindere, auf seinen Grund und Boden zu gehen, die Möglichkeit zu gehen also nur die thatsächliche Folge dieser Verhinderungsuntersagungsbefugniß gewesen wäre, so war nun durch die verba solemnia dem dieselben Aussprechenden absolut ein Recht zu gehen gegeben und aus diesem Rechte

folgt die Nichtbefugniß des Anderen, dieſes Gehen zu unterſagen [8]) — ganz in derſelben Weiſe, als wenn durch einen Rechtsſatz das Recht zu gehen feſtgeſtellt worden wäre [9]). Dieſe Conſequenz ſieht aber das Recht als ſo ſelbſtverſtändlich an, daß die Klage gar nicht darauf gerichtet wird, ebenſo wenig wie bei der Vorenthaltung einer eigenthümlichen Sache auf das Zurückgeben, ſondern lediglich auf das Recht, während bei nicht ſolenniſirten Obligationen die Klage auf das Nichtſtören gerichtet iſt: in rem actio im Gegenſatz zu der in personam actio. — In den Inhalt einer Obligation kann auch die Verpflichtung des Promittenten aufgenommen werden, dafür zu ſorgen, daß Dritte den Promiſſor nicht ſtören, als Conſequenz des jus esse mihi kann aber eine derartige Verpflichtung nicht angeſehen werden, aus dieſem abſolut ausgeſprochenen jus muß vielmehr die Befugniß folgen, gegen jede Störung von Seiten eines Dritten ſich ſelbſt zu vertheidigen. Das Recht kann deßwegen nur als ein auf der Beziehung des Berechtigten zur Sache beruhendes angeſehen werden, und daher bildete ſich gerade für derartige Rechte der techniſche Ausdruck des jus in re [10]).

8) Daſſelbe gilt von der Conſtituirung dieſer Rechte durch in jure cessio.

9) Analogie: Der Käufer einer res mancipi hat das Recht, von dem Verkäufer zu verlangen, daß dieſer ihm die Sache überlaſſe, und wenn er ſie ihm überlaſſen hat, ihn nicht in dem Innehaben, dem Gebrauch, der Dispoſition über dieſelbe ſtöre. In Folge dieſes Rechts hat der Käufer dem Verkäufer gegenüber (das Verhältniß zu Dritten bleibt vorerſt unberückſichtigt) thatſächlich die Möglichkeit des Gebrauchs und der Dispoſition. Iſt der Vertrag aber ſolenniſirt, ſo hat der Käufer durch das Ausſprechen der ſolennen Worte das Recht des Gebrauchs und der Dispoſition (Eigenthum) erlangt, und Folge davon iſt, daß ihn der Verkäufer nicht ſtören darf.

10) Ebenſo wird das Recht, da der Berechtigte durch das Verhältniß zu einer Sache gegeben iſt, nach der anderen Seite hin als jus praedii bezeichnet.

2) Die Beſchränktheit des Raumes innerhalb der Stadt, das Streben, denſelben durch Aufführung von Gebäuden in möglichſt umfaſſender Weiſe nutzbar zu machen, führen zur Feſtſtellung nachbarlicher Verhältniſſe in der Art, daß der eine Nachbar dem anderen zugeſteht, ſeinen Grund und Boden oder ſein Gebäude oder ſeinen Luftraum für ſein Gebäude zu benutzen, oder ſich verpflichtet, demſelben nicht durch Errichtung von Gebäuden Luft und Licht zu entziehen. Dieſelbe Rückſicht, welche zur Perpetuirung von Wegerechten führte, mußte auch zur Verbindung des Rechts mit dem Grund und Boden führen und zur rechtlichen Auffaſſung dieſer Verbindung als jus in re. Die Nichtmöglichkeit der Beſtellung eines ſolchen Rechts durch den urſprünglichen ſolennen Civilact ſcheint jedoch mit Beſtimmtheit darauf zu deuten, daß urſprünglich dieſe Rechte ſich ohne Berührung mit den Wegerechten ſelbſtſtändig entwickelten.

3) Ein ganz anderes Moment liegt den ſ. g. Perſonalſervituten zu Grunde, reſp. deren erſter und urſprünglichſter, dem Uſusfructus. Während bei den Realſervituten die zeitliche Obligation perpetuirt wurde, entzog man hier dem Eigenthum ſeine begriffsmäßige Perpetuität und Abſtraction. Schon früh mußte der Wunſch entſtehen, nach dem Tode für den lebenslänglichen Unterhalt gewiſſer Perſonen zu ſorgen, ohne daß man ihnen aber Vermögen in der Weiſe zuwenden wollte, daß ſie über daſſelbe freie Dispoſition unter Lebenden oder von Todes wegen hätten. Dieß durch eine Obligirung der Erben zu bewirken, hätte einerſeits nicht genügende Sicherheit gewährt, andererſeits aber mochte eine gewiſſe Art des Unterhaltes, die ſich gleichſam als Fortſetzung eines früheren thatſächlichen Zuſtandes darſtellte, als die geeignetſte erſcheinen und eine ſelbſtſtändigere rechtliche Stellung des zu Bedenkenden, als derſelbe durch ein bloßes Forderungs-

recht an den Erben gehabt hätte, wünſchenswerth ſein. Namentlich mußte dieſer Wunſch Betreffs der überlebenden Wittwe von der Zeit an häufig werden, als die Ehe ohne Manus aufkam. Man wünſchte der Wittwe den Genuß einer bisher ſchon thatſächlich mit dem Ehemann zuſammen inne gehabten Sache ſicherer und in unmittelbarer Weiſe zu hinterlaſſen und ſie den erbenden Kindern oder Agnaten gegenüber ſelbſtſtändig zu ſtellen, auf der anderen Seite aber auch die Sache ſelbſt nicht über den beabſichtigten Zweck hinaus den Erben zu entfremden. Ususfructus war daher der entſprechende Ausdruck zur Bezeichnung des factiſchen Inhalts des zu ſchaffenden Zuſtandes. — Die Solenniſirung und Garantirung des letzten Willens durch das Volk gab dem in demſelben ſo bezeichneten thatſächlichen Verhältniß die rechtliche Kraft und es entſtand dadurch ein Rechtsverhältniß des der Dauer nach beſchränkten Eigenthums, als deſſen nothwendige Conſequenzen ſich alle Sätze über Uſusfructus herausſtellen. Der Inhalt des Eigenthums war durch dieſes Rechtsgeſchäft nicht etwa zeitweilig getheilt, ſondern in ſeiner Totalität zeitweilig vernichtet und ein neues Recht war entſtanden. Es blieb nur der eine Theil des Eigenthums, die Nutznießung, beſtehen, während auf der anderen Seite ein Recht auf die eventuelle totale Unterwerfung der Sache unter den rechtlichen Willen entſtand [11]), welches als ſolches nicht in dem Inhalt des Eigenthums liegt. Es war nun ein zweifacher Weg, dieſes Verhältniß juriſtiſch zu conſtruiren, vorhanden. Man konnte den Nutznießer, bei welchem ja der eine Theil des Inhalts des Eigenthums, und zwar der momentanen Auffaſſung nach der wichtigere, war,

11) Die Veräußerungsbefugniß beſteht nicht daneben, da das Object der Veräußerung materiell nichts Anderes, als dieß Recht, und die Veräußerungsbefugniß eine Conſequenz der allgemeinen Dispoſitionsfähigkeit über Rechte iſt.

als Eigenthümer anſehen, der nur durch das Recht des Anderen beſchränkt ſei, und dieſe Auffaſſung muß, abgeſehen von dem nachher zu erwähnenden Moment, als die einfachere erſcheinen, wie wir im altgermaniſchen Recht dieſe Auffaſſung auch materiell bei Vergabungen mit vorbehaltenem Nießbrauch vorfinden [12]). Die Entſtehung des Uſusfructus durch letztwillige Verfügungen ließ aber die Römer zu einer anderen Auffaſſung gelangen. Wenn der pater familias ſeiner Frau oder einem Dritten den Uſusfructus legirte, ſo wendete er dieſen den Genuß einer Sache zu, welche dem Familienrecht nach, das hier durch Teſtament beſonders anerkannt war, den Erben eigenthümlich zufiel. Das Legat hatte auch dieß Eigenthum nicht ausdrücklich aufgehoben, indem es daſſelbe einem Anderen zuſchrieb, die Sache ſelbſt war, bis ſie dem Legatar übergeben wurde, in der Hand des Erben, ſie ſollte ſpäter ihm zurückgegeben und ſeinem Willen total unterworfen werden, der Prätor gab ihm ſchon vorher durch die Caution, ſoweit ſie ſich auf ordnungsmäßigen Gebrauch der Sache bezog, eine Einwirkung auf die Sache — man kam dadurch dahin, den Erben als Eigenthümer aufzufaſſen, deſſen Recht durch das des Legatars beſchränkt ſei, und dieſes erſchien daher als ein Recht an einer fremden Sache. Auf

12) Wenn nämlich auch die Uebertragungsformeln unter Anwendung römiſcher Terminologien bei den ſ. g. traditiones a die praesente von einem Uebertragen des Eigenthums ſprechen, ſo geht doch aus der Befugniß des Tradenten, im Fall ächter Noth zu veräußern, die Natur des Rechts deſſelben als durch das Wartrecht des Anderen beſchränkten Eigenthums hervor, ähnlich wie bei der mortis causa traditio. (Der Unterſchied zwiſchen beiden iſt meiſt nur ein formeller, auf der Wahl der Formel durch den Notar beruhender.) Das Dispoſitionsrecht des Tradenten iſt durch das Wartrecht beſchränkt, ächte Noth hebt dieſe Beſchränkung (wie die durch den nächſten Erben) auf, es tritt das Dispoſitionsrecht daher wieder unbeſchränkt hervor. S. u. §. 38.

dieſe Weiſe war ein Eigenthum anerkannt, deſſen Inhalt in einer eventuellen Vindication beſtand (proprietas in der engeren Bedeutung), und ein dingliches Recht, welches ſeinen Inhalt aus dem Inhalt des Eigenthums nach Abzug des Moments der Perpetuität (in welchem die Dispoſitionsfähigkeit liegt) genommen hatte. —

Die perpetuirten Wegerechte und der Uſusfructus entſtanden demnach aus ganz verſchiedenen Rückſichten durch verſchiedene logiſche Operationen und waren ihrem Inhalt und ihrer Dauer nach gänzlich von einander verſchieden. Sie trafen ſich nur in der bei beiden vorhandenen directen Beziehung zur Sache ſelbſt. Dieſes lediglich äußere Moment würde aber an ſich noch nicht zur gemeinſamen Behandlung beider geführt haben; dieſe wurde erſt ermöglicht, als den vorhandenen gemäße und an dieſe ſich anſchließende neue Rechtsbildungen entſtanden, welche ihrem Inhalte nach ſich einander näherten oder wol gar nach der einen Seite übereinſtimmten. Statt der Befugniß, eine Sache ihrer Totalität nach salva substantia zu gebrauchen und Früchte aus ihr zu ziehen, war es auch möglich, einem Recht nur einige der in dem Eigenthum liegenden Gebrauchsbefugniſſe (usus) als Inhalt zu geben, auf der anderen Seite aber auch eine Obligation nicht bloß auf Beſchreiten eines fremden Grundſtücks, ſondern auch auf anderweite Handlungen, die auf einem nicht im Privateigenthum ſtehenden Grundſtück zum Beſten der Landwirthſchaft vorgenommen werden können, zu perpetuiren. Holzungs- und Weiderecht konnte als usus oder als jus praedii conſtituirt werden, und zwar in für das Object der Befugniß völlig gleicher Weiſe. Das unterſcheidende Merkmal der verſchiedenen Beſtimmung des berechtigten Subjects und darnach der Dauer des Rechts wurde dadurch in den Hintergrund gedrängt und mit Abſehen von dieſem Moment eine gleiche Behandlung

der verſchiedenen als Servituten bezeichneten Rechtsverhältniſſe angebahnt.

4) Wer von einer Commun ein Grundſtück gepachtet hatte, konnte ſich ſelbſt gegen fremde Störungen ſchützen und hatte ſelbſt gegen die Verpachter eine dingliche Klage, auch wurde der Pacht häufig auf immerwährend abgeſchloſſen. Wenn daher äußerlich das Rechtsverhältniß noch als Pacht erſchien, indem der Eigenthümer einem Anderen ſein Grundſtück zur Fruchtziehung überließ und dagegen jährliche Präſtationen erhielt, ſo war doch die rechtliche Stellung der Contrahenten, reſp. der Rechtsnachfolger derſelben, eine ganz andere, als die der rein obligatoriſch mit einander verbundenen Verpachter und Pachter. Ein ſelbſtſtändiges, unmittelbar auf die Sache gerichtetes Recht war gegründet worden — ein eigentliches jus in re. Dieſes Recht war, wenigſtens wenn es ohne Zeitbeſchränkung beſtellt war, alienirbar und die Verpflichtung zur Zahlung des vectigal ging auf den Erwerber über. Die ſpätere Emphyteuſe, welche auch von Privaten beſtellt werden konnte, conſtruirt ſich weſentlich in derſelben Weiſe. Der Verf. hält die Emphyteuſe für ein urſprünglich nicht römiſches Rechtsinſtitut und behauptet, „die merkwürdige Thatſache, daß die römiſchen Juriſten trotz ihrer ſonſtigen Meiſterſchaft im Individualiſiren gar nicht im Stande zu ſein ſchienen, die individuelle Natur des emphyteutiſchen Contracts zu begreifen, und darüber im Zweifel ſeien, ob derſelbe als emtio venditio oder als locatio conductio anzuſehen ſei, zeige zur Genüge, wie fremd derartige Rechtsverhältniſſe der römiſchen Anſchauungsweiſe ſeien.“ Mögen auch die erſten als Emphyteuſe bezeichneten Grundſtücke außerhalb Italiens verliehen worden ſein, mag ein Anſchluß an auswärtige Rechtszuſtände ſtattgefunden haben, von den agri vectigales wird dieß doch ſicherlich Niemand zu behaupten wagen. Die er-

wähnte Controverſe beſtand aber ſchon in Betreff der agri vectigales [13]). Dieſe Controverſe berührt übrigens die Natur des Rechts an der Sache nicht, über welche ein Zweifel nicht herrſchte [14]), ſondern bezog ſich, wie aus der Conſtitution Zeno's deutlich hervorgeht, auf die Tragung der Gefahr, über welche der Kaiſer aus der Natur des Verhältniſſes conſequente Grundſätze entwickelt.

5) Demjenigen, welcher auf längere Zeit oder auf immerwährend ein Gebäude gemiethet oder auf fremdem Grund und Boden in Folge Vertrags mit dem Eigenthümer [15]) ein Gebäude errichtet hat, ſtehen ebenfalls ſelbſtſtändige Schutzmittel ſeines Gebrauchsrechts auch dem Eigenthümer gegenüber zu, es wird daher auch dem Superficiar ein jus in re zugeſchrieben.

6) Grundlage des Credits iſt in den meiſten Fällen das Vermögen des Schuldners, und wegen der abſoluten Natur dieſes Vermögenstheiles namentlich die Geſammtheit der in

13) Gajus III. §. 145—147. Der Argumentation des Verfs. nach müßte man auch den Contract, durch welchen Gladiatoren vom Eigenthümer gegen Entgeld zum Kampfe hergegeben wurden, oder den Contract, welcher mit einem Goldſchmied über Ringe, die er aus ſeinem Golde fertigen ſollte, abgeſchloſſen wurde, als fremden Urſprungs und den Römern unconſtruirbar erklären, denn auch in dieſen beiden Fällen war es controvers, ob Kauf oder Miethe vorliege, und Gajus (a. a. O.) führt dieſe Verträge mit der locatio in perpetuum zuſammen als Belege für den Satz an, wie ſchwer es ſei, zwiſchen den nahe verwandten Contracten Kauf und Miethe zu unterſcheiden.

14) Auch wenn man den Vertrag, wie es, ſtreng genommen, richtiger war, als emtio venditio conſtruirte, brauchte man nicht den Uebergang des Eigenthums anzunehmen. Vergl. Büchel, Civilrechtliche Erörterungen. Hft. III. S. 34 N. 3.

15) Auf öffentlichem Grund und Boden genügte die Nichteinlegung eines Widerſpruches oder eines Verbotes. l. 2 §. 17. l. 7 ne quid in loco publico.

dem Eigenthum des Schuldners ſtehenden Sachen. Der Gläubiger kann ſich einfach mit dem Bewußtſein der durch das Vorhandenſein des Vermögens und ſpeciell der eigenthümlichen Sachen ermöglichten Tilgung der Schuld begnügen, er kann aber auch mit Hinblick darauf, daß der Schuldner durch vorgängige Veräußerung der Sachen ſich außer Stand ſetzen kann, die Obligation zu erfüllen, die Sachen oder eine Sache des Schuldners in der Art mit der Obligation in Verbindung zu ſetzen ſuchen, daß der Sache der Credit gegeben zu ſein ſcheint, dieſe thatſächlich obligirt iſt. Dieſe thatſächliche Abſicht gibt den Römern Veranlaſſung, von einer obligatio rei zu ſprechen. Sie wird dadurch rechtlich erreicht, daß eine Dispoſition über die Sache von Seiten des Schuldners ausgeſchloſſen oder als der Realiſirung der Forderung nicht nachtheilig erklärt wird. Zu dem Ende müſſen beſondere Rechtsgeſchäfte vorgenommen werden. Das unbeholfene alte Recht, welches keinen anderen ſtaatlichen Schutz eines Rechts kannte, als den des durch Mancipation entſtandenen Eigenthums (ſ. o.), ließ das Eigenthum der Sache an den Gläubiger übertragen und verpflichtete dieſen durch den Uebertragungsact reſp. die denſelben normirende Lex zur Rückübertragung für den Fall der Tilgung der Forderung. Dieſe Art der rechtlichen Effectuirung der thatſächlichen obligatio rei blieb für das ſpätere Recht maßgebend. Nachdem durch die rechtliche Anerkennung der ohne Mancipation erfolgenden Tradition (ſ. o.) auch die Möglichkeit gegeben war, nicht nur das Eine rechtliche Verhältniß zu der Sache, das dominium zu ſchaffen, ſondern in das Recht an der Sache ſelbſt beſchränkende Momente hinſichtlich der Ausdehnung und der Dauer aufzunehmen und dadurch das Recht ſelbſt zu modificiren (nicht nur neben dem vollen Recht an der Sache hergehende obligatoriſche Beſchränkungen des erſten Erwerbers

der Sache — pactum remancipationis — zu ſchaffen), bildete ſich das pignus aus. Wie durch Beſtellung des Uſusfructus (ſ. o. S. 397), wird auch durch Beſtellung eines Fauſtpfandes der Inhalt des Eigenthums zeitweilig in ſeiner Totalität vernichtet. Der Pfandſchuldner erhält hier, wie dort, ein neues, nicht in dem Eigenthum liegendes, eventuelles Rückforderungsrecht, der Pfandgläubiger erhält einen Theil der in dem Eigenthum liegenden Rechte, das Recht zu beſitzen, und das Recht eventuell zu alieniren, während er das Recht die Sache zu benutzen, nicht erhält, dieſes vielmehr zeitweilig ganz untergeht (beim Uſusfructus geht ein anderer Theil der in dem Eigenthum liegenden Rechte, das Recht, die Sache — ſ. N. 11 — zu veräußern, unter). Leichter aber, als beim Uſusfructus, war die Entſcheidung der Frage, welche von beiden Perſonen man als Eigenthümer auffaſſen ſollte. Die Benutzung der Sache, die „realſte Seite der Ausübung der Herrſchaft," um mit Bluntſchli zu ſprechen, war nicht auf den Pfandgläubiger übertragen, und obgleich dieſelbe auch nicht beim Pfandſchuldner zurückblieb, ſo erſchien der Verluſt derſelben doch nicht als unmittelbare Conſequenz aus der der Pfandbeſtellung zu Grunde liegenden Idee, ſondern als thatſächliche Folge der Beſitzübertragung. Das Recht dazu konnte deßwegen immer als vorhanden, und nur ſeine Ausübung als thatſächlich unmöglich gemacht aufgefaßt werden. Es erſchien mithin als völlig naturgemäß, daß man den Pfandſchuldner als Eigenthümer, das Recht des Pfandgläubigers aber als jus in re aliena conſtruirte. Durch dieſe Conſtruction war nun aber auch die Möglichkeit gegeben, von der Beſitzübertragung ganz zu abſtrahiren, und, was bei der Fiducia durch precäre Ueberlaſſung der Sache ſchon möglich geweſen, (vielleicht nach dieſem Vorbild) ein Pfandrecht, durch

welches dem Schuldner die Benutzung der Sache nicht entzogen wurde, auszubilden — die Hypothek.

Das gemeinſame Merkmal aller dieſer Rechte (1—6) iſt die Befugniß der Einwirkung auf eine fremde Sache, ohne daß dieſelbe durch ein Rechtsverhältniß zu einer Perſon vermittelt wird. Die Befugniß der directen Einwirkung auf eine fremde Sache wird daher auch als Inhalt des jus in re aliena aufzuſtellen ſein. Dieſer Begriff iſt nun aber nach zwei Seiten hin zu unterſuchen; es ſind die engeren Begriffe, welche er umfaßt, zu betrachten, und namentlich iſt zu fragen, ob als ſolcher der Begriff der Servituten erſcheint, ferner aber iſt zu unterſuchen, ob dieſer Begriff nur die erwähnten Rechte umfaßt.

Zerlegt man den Begriff, indem man ihn durch Herbeiziehung neuer Merkmale beſchränkt, berückſichtigt man alſo den Umfang der dem Berechtigten zuſtehenden Befugniſſe [16]), die Möglichkeit der Veräußerung des Rechts [17]), die Entſtehung deſſelben [18]), ſeine Dauer [19]), die Beſtimmung der Per-

---

16) Dadurch gewinnen wir folgende engere Begriffe:
1) Recht, die Sache ihrem ganzen Umfange nach zu gebrauchen — ususfructus, emphyteusis,
2) Recht, gewiſſe Gebrauchshandlungen vorzunehmen — servitutes in patiendo, mit Ausnahme des Uſusfructus, superficies,
3) Recht, die Sache unter gewiſſen Vorausſetzungen zu veräußern — pignus, hypotheca,
4) Recht, gewiſſe Handlungen zu unterſagen — servitut. in non faciendo.

17) 1) Unveräußerlich ſind Servituten und Pfandrecht,
2) veräußerlich Emphyteuſe, Superficies.

18) 1) Durch Rechtsgeſchäft entſtehen alle dinglichen Rechte,
2) durch Rechtsſatz können entſtehen: Uſusfructus und Pfandrecht.

19) 1) Die Dauer iſt begrifflich beſchränkt auf das Leben einer Perſon — Perſonalſervituten.

ſon des Berechtigten [20]) — durch keine dieſer Operationen erhält man einen engeren Begriff, welcher lediglich die Servituten umfaßte. Wir können ſolche Begriffe nur gewinnen für die Perſonalſervituten — dingliches unveräußerliches Recht, welches einer beſtimmten Perſon nicht über ihre Lebensdauer zuſteht — und für die Realſervituten — dingliches Recht, welches dem Eigenthümer eines Grundſtücks als ſolchem zuſteht. Dieſe Begriffe haben daher auch ihre innere Rechtfertigung und Bedeutung im Syſtem, während dieſe dem Geſammtbegriffe der Servituten abgeht. (Der Umſtand, daß die Servituten die einzigen dem alten Civilrecht bekannten jura in re aliena waren, iſt für das ausgebildete Syſtem gleichgültig und intereſſirt bei einer Vergleichung mit fremden Rechten nicht.) Da jedoch gewiſſe Sätze für Real- und Perſonalſervituten ſich entweder ausſchließlich ausgebildet haben oder doch hauptſächlich [21]) bei ihnen zur Anwendung kommen, ſo mag eine gemeinſame Behandlung derſelben aus Nützlichkeitsrückſichten gerechtfertigt ſein, die Art und Weiſe, wie die römiſchen Juriſten die Servituten be-

---

2) Die Dauer iſt bedingt durch das Beſtehen eines Forderungsrechtes — Pfandrecht.

3) Die Dauer iſt begrifflich eine immerwährende:
   a) das Recht iſt vererblich und veräußerlich — Emphyteuſe, Superficies;
   b) es iſt an das Beſtehen eines Grundſtückes gebunden — Realſervituten.

20) 1) Der Berechtigte iſt entweder eine beſtimmte Perſon — Perſonalſervitut-Berechtigter, Emphyteuta, Superficiar, Pfandgläubiger,
2) oder der Eigenthümer eines Grundſtückes — Realſervitut-Berechtigter.

21) So gehört die Vorſchrift des civiliter uti keineswegs allein der Servitutenlehre an. Der Satz servilus in faciendo consistere nequit gilt von den dinglichen Rechten als ſolchen.

handeln, ist daher auch vollständig sachgemäß, und es darf denselben nicht der Vorwurf gemacht werden, „daß sie auf halbem Wege stehen geblieben seien," jedes „Bestreben der heutigen Jurisprudenz einen gemeinsamen Grundbegriff aller Servituten aufzustellen [22]," muß vielmehr als resultatlos erscheinen; und so stellt sich denn auch in der That jede Definition der Servituten als eine Summe von zwei Begriffen dar, welche ihre Einheit nur in dem allgemeinen Begriffe des dinglichen Rechts finden [23]. —

Gehen wir nun auf die zweite Frage über, ob der aufgestellte Begriff des jus in re sich auf die vier Arten von Rechten beschränkt, welche man gewöhnlich allein darunter faßt, so sind zuerst gewisse Beziehungen von Personen zu fremdem Grund und Boden, welchen sie vollständig gebrauchen, zu betrachten.

1) Der Besitz des ager publicus ist bekanntlich eine dunkle Partie des römischen Rechts. Wie Vieles aber auch in Betreff desselben räthselhaft sein mag, er stellt sich als ein Dritten gegenüber geschützter Zustand dar, und würde insofern unter den Begriff des dinglichen Rechts fallen. Daß er nicht als solches aufgefaßt wurde, liegt wol darin, daß er dem Eigenthümer gegenüber nicht geschützt war, resp. nicht an der Substanz des Grund und Bodens schlechthin, sondern nur an dem die rechtliche Eigenschaft der res publica tragenden Boden begründet war. Die richtige Anschauung des Verhältnisses dürfte sich nämlich wol durch einen Vergleich des öffentlichen Acker- (und Weide-) Landes mit den übrigen res publicae ergeben. Das Glied der universitas, des populus

22) Elvers, Die römische Servitutenlehre. S. 23.

23) S. z. B. die neuesten Versuche. Elvers, a. a. O. §. 35 und Kuntze in der Recension dieses Werkes in der Heidelberger krit. Zeitschr. Bd. II. S. 243.

hat als ſolches ein Recht, die res publicae zu benutzen [24]), und zwar ihrer Natur nach in ihrem vollen Umfange, aber freilich beſteht dieß Recht nur an den res publicae, hört alſo auf, wenn dieſe Eigenſchaft verloren geht. Der Staat kann ihnen dieſe Eigenſchaft dadurch entziehen, daß er ſie veräußert, z. B. einen öffentlichen Weg verkauft. Das Ackerland kann ſeiner Natur nach nicht von Allen ſeinem ganzen Umfange nach benutzt werden, deßwegen beſchränkt ſich das Recht des einzelnen civis auf das Recht, ein Stück in Beſitz zu nehmen (oder verliehen zu erhalten) und das beſeſſene Stück zu benutzen, und er hat als weitere Conſequenz eine ausſchließliche Benutzung. Der Staat kann aber auch, wie jede res publica, ſo auch einen beliebigen Theil des ager publicus in Privatland verwandeln (durch Aſſignation, Anlegung von Colonien), oder demſelben eine andere Beſtimmung geben, z. B. eine Straße darauf anlegen, und dadurch hört das Recht des Beſitzers an demſelben auf. Ohne eine ſolche Verwandlung mag eine Entziehung des benutzten ager publicus urſprünglich nicht möglich geweſen ſein [25]); dieß iſt die Tendenz der ſpäteren agrariſchen Geſetze.

---

24) Der Unterſchied, daß das Nutzland nur von den berechtigten Gliedern des römiſchen Volkes benutzt werden konnte, der Gebrauch der ſonſtigen res publicae aber jedem Einwohner, auch dem Fremden, zugeſtanden wurde, iſt nur ein zufälliger. Die Natur der Sache brachte dieſe Geſtattung des Gebrauches mit ſich. Rechtlich geſchützt durch die Möglichkeit der Anſtellung einer Popularklage war nur das berechtigte Volksglied (ſ. o. §. 27 N. 60), in Betreff der Municipalſachen der Municeps.

25) Die Entziehung, welche der Anweiſung des ager Trientius Tabuliusque (Livius XXXI, 13) nothwendig vorhergehen mußte, bildet nur ſcheinbar eine Ausnahme. Die Grundſtücke waren den Staatsgläubigern zu eigen gegeben worden, die Auferlegung des nominellen Vectigal war nur zu ihren Gunſten (ut si quis, quum solvere posset populus, pecuniam habere quam agrum maliet, restitueret agrum

2) Auch über das Verhältniß der Clienten zu dem von ihnen bebauten Grund und Boden wissen wir nichts Genaues. Jedenfalls beruhte aber dasselbe auf ihrer persönlichen Stellung zu dem Herrn des Bodens, vermöge welcher sie durch ihn vertreten und geschützt wurden, ohne ihm gegenüber staatlich geschützt zu sein, deßwegen bildet sich auch ein Recht an dem Grund und Boden nicht aus, während ihre Stellung durch die Sitte geschützt war.

3) Den Colonen der späteren Zeit wurde kein dingliches Recht am Grund und Boden zugeschrieben, aber Savigny gibt selbst zu, daß ihr Recht materiell dieselbe Natur gehabt habe. Ob die Untrennbarkeit vom Gute, die Nichterhöhbarkeit des Canon aus polizeilichen und finanziellen Gründen erklärt wird oder auf einem ursprünglichen Privatrecht der Colonen beruht, ist hierbei gleichgültig, beruft man sich ja doch auch im germanischen Recht auf die erstere Rücksicht, um die Unlöslichkeit anfänglich obligatorischer Rechtsverhältnisse und damit deren Dinglichmachung zu begründen. Hätte die römische Jurisprudenz zur Zeit der Ausbildung des Colonats noch ihre schöpferische Kraft gehabt, sie würde sicherlich die Dinglichkeit ausgesprochen haben.

Wie die besprochenen Rechte sich dem Ususfruct und der Emphyteuse nähern, so findet sich eine Reihe von Rechten, welche mit den Realservituten Aehnlichkeit haben.

1) Am unverkennbarsten ist diese Aehnlichkeit bei den Rechtsverhältnissen Betreffs der aqua pluvia. Die XII Tafeln schon, wird uns berichtet, stellten einen Rechtssatz auf zum Schutz des Ackerbaues gegen den schädlichen Lauf des

---

populo) erfolgt, damit sie später die Einlösung, richtiger den Rückkauf, wenn es ihnen gut scheinen würde, verlangen können. Das Geschäft hat einige äußere Aehnlichkeit mit der germanischen Satzung.

Regenwaſſers. Wer auf ſeinem Grundſtück Anlagen vorgenommen hatte, welche den Regenwaſſerlauf zum Nachtheil eines anderen Grundſtücks veränderten, wurde von dem Eigenthümer deſſelben mit der aquae pluviae arcendae actio zur Reſtituirung genöthigt. Die Interpretation erſt (jedoch ſchon früh) mag die Klage dahin ausgedehnt haben, daß ſie gegen den Eigenthümer, auch wenn er nicht ſelbſt die Anlage vorgenommen, und zwar auf Duldung der Reſtitution ging. Später wurde die Klage auch bei Veränderung des Waſſerlaufes durch natürliche durch das Waſſer ſelbſt herbeigeführte Ereigniſſe gegeben, namentlich wenn das Waſſer Anlagen, die zur Regelung des Waſſerlaufes errichtet waren [26]), zerſtört hatte. Durch einen Rechtsſatz iſt hier alſo ein Rechtsverhältniß begründet, wie ein ſolches ſonſt nur durch Servitutsbeſtellung entſteht — eine rechtlich geſchützte directe Einwirkung auf fremden Grund und Boden. Warum faßte man dieß Rechtsverhältniß nicht als ein Recht an der Sache ſelbſt auf und gab zu deſſen Geltendmachung eine dingliche Klage? Daß der Berechtigte daneben noch ein anderes Recht haben konnte auf ein facere des Verpflichteten, war nicht, wie R. Elvers [27]) meint, ein Hinderniß, den dinglichen Charakter des Rechts anzuerkennen und demſelben die Verfolgbarkeit gegen jeden Dritten zu gewähren, es hätte ja neben dem dinglichen noch ein perſönliches Recht auf ein facere anerkannt werden können [28]). Der Grund ſcheint mir vielmehr darin zu

26) Die vielbeſtrittene rechtliche Entſtehungsart dieſer Anlagen (lex, l. 1 §. 23. l. 2 pr. de aqua; jure, l. 2 §. 7 ibid.) intereſſirt hier nicht, ebenſo wenig die Verpflichtung desjenigen, auf deſſen Boden dieſelben ſich befinden, zur Inſtandhaltung derſelben.

27) Die römiſche Servitutenlehre. S. 294.

28) Mit der Behauptung, daß die „geſetzlichen Eigenthumsbeſchränkungen" polizeilicher Natur ſeien, daß ihnen eine publici juris ratio zu Grunde liege, iſt nichts gewonnen, denn auch den meiſten

liegen, daß das Rechtsverhältniß nicht durch ein Rechtsgeſchäft begründet, ſondern durch einen Rechtsſatz allgemein da geſchaffen war, wo die thatſächlichen Vorausſetzungen ſeiner Entſtehung vorlagen. Ein Zweifel über die Exiſtenz des Rechts und deſſen Umfang konnte daher nie vorkommen [29]), ſtreitig konnte nur ſeine Ausübung im einzelnen Falle werden. Die dingliche Klage geht aber ihrer Natur nach immer auf das Recht ſelbſt, eine ſolche war alſo hier unmöglich. Trotzdem liegt ein in jeder Weiſe geſchütztes dingliches Recht vor. Zum Schutz dienen zwei Rechtsmittel, die aquae pluviae arcendae actio und das interdictum quod vi aut clam.

Die aquae pluviae arcendae actio iſt gerichtet auf das restituere des alten Waſſerlaufes. Auf dieſes kann wirkſam nur gegen denjenigen geklagt werden, welcher zu Veränderungen auf dem Grund und Boden, auf welchem ſich die Anlage befindet, berechtigt iſt, alſo gegen den Eigenthümer, den

---

Realſervituten, reſp. dem Satze, daß ſolche Servituten rechtlich anerkannt und geſchützt werden, liegt die Anerkennung eines nationalökonomiſchen Bedürfniſſes zu Grunde. Das Intereſſe, auf welchem die Anerkennung der Möglichkeit der Beſtellung einer Wegeſervitut beruht, iſt ſicherlich ein ebenſo ſehr das öffentliche Wohl berührendes, als dasjenige, welches die Sätze über die aqua pluvia oder die glans legenda hervorgerufen. So lange aber auf die Ausübung eines aus einer „geſetzlichen Eigenthumsbeſchränkung" hervorgehenden Rechts verzichtet werden kann (ſelbſt dauernd, z. B. durch Beſtellung einer Servitut), erſcheint auch die Rückſicht auf das öffentliche Wohl nur als ſecundäre: das öffentliche Wohl ſoll mittelbar durch die Beförderung des Wohls des Einzelnen erreicht werden.

29) Anders bei dem geſetzlichen Pfandrecht und dem geſetzlichen Nießbrauch. Obgleich das Recht auf dem Rechtsſatze beruht, ſo iſt doch hinſichtlich der Objecte und der Vorausſetzungen des Rechts eine Controverſe möglich, und das Recht ſelbſt und ſein Umfang kann in Abrede geſtellt werden.

possessor eines ager occupatorius und vectigalis [30]), den Emphyteuta (und den Uſufructuar, wenn dieſer ſelbſt die Veränderung vorgenommen hatte), folglich kann auch nur gegen dieſe die Klage gegeben ſein. Dieß genügt an ſich aber auch vollſtändig, um die Dinglichkeit des Rechts in der oben entwickelten Bedeutung dieſes Ausdruckes zu begründen, denn was iſt das Recht, von jedem Eigenthümer, Emphyteuta u. ſ. w. zu verlangen, daß er die Herſtellung des alten Waſſerlaufes dulde, Anderes, als das Recht, auf die Sache direct einzuwirken, von der Seite ſeiner rechtlichen Geltendmachung aufgefaßt. Der Inhalt dieſes dinglichen Rechts iſt nun freilich nur, ſoweit eine Thätigkeit des Eigenthümers u. ſ. w. ſelbſt in Frage kömmt, eine Unterſagungsbefugniß, hat ein Anderer das Opus errichtet, ſo beſteht das Recht, da der Berechtigte das Opus auf eigene Koſten wegſchaffen muß, nur in der Befugniß, eine patientia des Beklagten zu verlangen.

Das andere Rechtsmittel iſt das interdictum quod vi aut clam. Dieſes iſt zwar nicht auf die Veränderung des Waſſerlaufes beſchränkt, ſondern allgemein gegeben. Es iſt, formell betrachtet, das Mittel, ohne Wiſſen und gegen Verbot des Impetranten errichtete Anlagen an Grundſtücken zu beſeitigen. Das Interdict iſt jedoch nur dann gegeben, reſp. kann nur dann mit Wirkſamkeit angeſtellt werden, wenn die heimlich oder gegen Verbot vorgenommene Handlung eine Rechtsverletzung involvirt [31]). Das Eigenthümliche des Interdicts quod vi aut clam beſteht aber darin, daß die Klage aus einer ſolchen Rechtsverletzung, ſobald ſie ohne Wiſſen des

30) A. Schmidt (von Ilmenau), Civiliſtiſche Abhandlungen. S. 155. (Vergl. S. 149 u. 108.)

31) Vergl. Francke, Archiv f. civiliſt. Pr. Bd. XXII. Nr. XIV. Das Folgende iſt eine weitere Ausführung des a. a. O. S. 364 aufgeſtellten Satzes.

Impetranten oder gegen deſſen Verbot verübt wurde, nach zwei Richtungen hin ausgedehnt iſt. Einmal geht ſie nicht nur gegen den Delinquenten, ſondern auch gegen jeden Beſitzer des Opus. Ferner aber, wenn neben demjenigen, deſſen Recht verletzt iſt (z. B. dem Eigenthümer), durch die Rechtsverletzung einer anderen Perſon Schaden zugefügt wird, welche entweder von demjenigen, deſſen Recht verletzt iſt, verlangen kann, daß er ſie gegen dieſen Schaden ſchütze (z. B. der Pachter), oder welche, ohne eine Klage darauf zu haben, in Folge ihres Verhältniſſes zu demſelben erwarten kann, von ihm geſchützt zu werden (z. B. der Precariſt) [32]) — welche alſo namentlich verlangen oder erwarten kann, daß derſelbe in ihrem Intereſſe klage oder ihr ſeine Klage aus der Rechtsverletzung cedire — ſo hat auch dieſe andere Perſon eine ſelbſtſtändige Klage unter der Vorausſetzung, daß die die Rechtsverletzung involvirende Handlung gegen ihr Verbot oder ohne ihr Wiſſen erfolgt iſt. Wo deßwegen das Interdict ausdrücklich als zuſtändig und ſomit als wirkſam bezeichnet wird, iſt ein Recht anerkannt. Das Interdict iſt nun aber ausdrücklich bei jeder ſchädlichen Veränderung des Waſſerlaufes gegeben und geht gegen jeden, welcher die ſchädliche Handlung vorgenommen hat, auf Schadenserſatz und Reſtitution auf deſſen Koſten. Das dadurch anerkannte Recht hat mithin als Inhalt nicht nur die Befugniß, von dem Eigenthümer die patientia für Hinwegräumung des Opus auf eigene Ko-

32) Die Römer unterſcheiden dieſe beiden Fälle und erklären, daß in dem erſteren Falle die Ausdehnung des Interdicts näher liege (innerlich mehr gerechtfertigt ſei), als im zweiten. L. 11 §. 12 quod vi aut clam: ergo et si conduxit, multo magis (vorher iſt vom Precariſten die Rede); l. 13 §. 4 ibid.: si mihi concesseris, ut ex fundo tuo arbores caedam — quod facilius erit admittendum, si a te emi vel ex aliquo contractu hoc consecutus sim, ut mihi caedere liceat.

ſten oder für den Fall, daß der Eigenthümer u. ſ. w. ſelbſt die Anlage errichtet hat, auf deſſen Koſten, zu verlangen (ſ. o. S. 411), ſondern die Befugniß, jede den Waſſerlauf verändernde Handluug zu unterſagen. Das Recht, wie es aus den über die aquae pluviae arcendae actio und das interdictum quod vi aut clam aufgeſtellten Rechtsſätzen erkennbar iſt [33]), iſt alſo in derſelben Weiſe activ und paſſiv mit dem Grund und Boden verbunden, wie dieß bei den Realſervituten der Fall iſt. Der Unterſchied hinſichtlich der Geltendmachung dieſer Rechte iſt ein äußerlicher, eine verſchiedene Natur des Rechts nicht vorausſetzender. Er liegt einerſeits in der Ausdehnung der Activ-Sachlegitimation, andererſeits darin, daß, wenn das Recht in ſeinem vollen Umfange geltend gemacht werden ſoll, die nicht von dem Eigenthümer, Emphyteuta (dem mit der aquae pluviae arcendae actio Belangbaren) vorgenommene Störung gegen Verbot oder ohne Wiſſen des Impetranten erfolgt ſein muß, und letzteres Requiſit immer, wenn Erſatz des vor der litis contestatio entſtandenen Schadens gefordert wird, vorhanden iſt.

2) Der Prätor erkannte in mehreren Fällen die Befugniß an, auf fremdem Grund und Boden Handlungen vorzunehmen, Bäume, deren Zweige überhän-

33) Daß die Römer das interd. qu. v. a. cl. wirklich als ein Mittel, die über den Regenwaſſerlauf aufgeſtellten Rechtsſätze zu realiſiren, aufgefaßt haben, geht aus der l. 22 pr. de aqua hervor. Dem Uſufructuar des berechtigten Grundſtücks wird die a. pl. a. a. als utilis dann gegeben, wenn er (weil er das Opus unter ſeinen Augen hat errichten laſſen) das Interdict nicht hat, durch deſſen Gewährung ſein Recht ſonſt für genügend geſchützt erachtet wird. — Die a. pl. a. a. und das Interdict können neben einander angeſtellt werden, jene gegen den Eigenthümer auf patientia, dieſes gegen den Störer auf Erſatz der Koſten der Reſtitution und auf den Schaden vor der Litiscontestation.

gen, abzuſchlagen, vergrabene Werthgegenſtände (uneigentlich als Schatz bezeichnet) auszugraben, übergefallene Früchte aufzuleſen. Der für die aqua pluvia angeführte Grund ſtand auch hier der Geſtattung einer dinglichen Klage und damit der formellen Anerkennung eines dinglichen Rechts entgegen. Nichtsdeſtoweniger hat das durch Interdicte geſchützte Recht die Natur eines dinglichen. Die interdicta de arboribus caedendis, de thesauro, de glande legenda laſſen ſich ihrem Weſen nach den dem Beſitzer einer Sache oder Quaſibeſitzer einer Servitut zuſtehendem Interdicte an die Seite ſtellen. Sie ſind, wie jene, die Mittel, die Ausübung eines Rechts zu realiſiren, ohne daß über die Exiſtenz des Rechts ſelbſt gehandelt wird. Sie unterſcheiden ſich jedoch dadurch von ihnen, daß die Schemata derſelben, wie ſie in dem Edict aufgeſtellt waren, nicht gegen Jedermann gerichtet waren, ſondern nur gegen beſtimmte Perſonen. Dieß erklärt ſich dadurch, daß die Interdicte des Beſitzers und des Quaſibeſitzers den dinglichen Klagen, welche dem Eigenthümer und dem Servitutberechtigten zuſtanden, nachgebildet waren[34]; daher die allgemeine Faſſung. Die anderen Interdicte dagegen entſtanden ſelbſtſtändig und wurden zunächſt ſo formulirt, wie das Bedürfniß vorlag, ohne daß dadurch aber der Prätor ſich die Hände gebunden hätte, nöthigenfalls ein anders formulirtes Interdict (vielleicht als utile) zu ertheilen. Das interd. de arboribus caedendis bei ſtädtiſchen Grundſtücken[35] kann ſeiner Natur nach, da es an die Bedingung geknüpft iſt, daß der Beklagte nicht ſelbſt den ſchädlichen Baum entfernt, nur

34) Competit hoc interdictum (de aqua quotidiana) adversus eum qui prohibet — et nihil interest, utrum quis dominium fundi habeat an non — nam et, si servitus coepit, adversus quemcunque posse vindicari. L. 1 §. 25 de aqua quotidiana.

35) S. u. N. 41.

gegen den Eigenthümer gerichtet ſein. Das Schema des interd. de thesauro kennen wir nicht; aus ſeiner Zuſammenſtellung mit der actio ad exhibendum [36]) geht aber hervor, daß es auch gegen jeden Detentor gehen mußte. Daſſelbe muß man aber auch bei dem interd. de glande legenda annehmen. Schmidt [37]) beruft ſich dafür, daß es nur gegen den Eigenthümer gehe, auf die Worte des Edicts. Die Zuſammenſtellung mit der actio ad exhibendum [38]), ohne daß hier der Juriſt einen Unterſchied hinſichtlich der Anſtellbarkeit macht, ſowie die Natur des Verhältniſſes [39]) drängt aber zu der Annahme, daß es gegen jeden Detentor gegeben worden ſei.

3) Die der ſpäteren Rechtsbildung angehörenden Sätze, welche das Verbauen des Lichts und der Ausſicht [40]), ſowie des Luftzugs unterſagen [41]), beruhen auf einem den

---

36) L. 15 ad exhibendum.

37) Das Interdictenverfahren. S. 153.

38) L. 9 §. 1 ad exhibendum.

39) Wenn auch die XII Tafeln die Klage auf den Eigenthümer beſchränkt haben mögen, was freilich aus den Worten, mit welchen Plinius die Beſtimmung des Geſetzes erwähnt (ut glandem in fundum alienum procidentem liceret colligere), nicht erſichtlich iſt, ſo iſt doch kaum anzunehmen, daß die freiere prätoriſche Rechtsbildung, nachdem ſie ſich einmal mit dieſem Satze beſchäftigt, dem dringenden Bedürfniß, gegen jeden Detentor geſchützt zu ſein, nicht Rechnung getragen hätte. Es iſt nicht denkbar, daß dem Uſufructuar und Pachter gegenüber nur die actio ad exhibendum möglich geweſen wäre, wodurch ſowol dieſe ſelbſt, als der klagende Obſteigenthümer in eine ſchlechtere Lage verſetzt worden wären.

40) Aus der Conſtitution Zeno's, l. 12 C. de aedific. priv., geht deutlich hervor, daß die Vorſchriften nicht bloß polizeilicher Natur waren, denn durch Verträge zwiſchen den Intereſſenten konnten dieſelben abgeändert werden.

41) Die Befugniß, die Hervorbringung unmäßigen Rauches zu unterſagen, gehört nicht hierher, denn dieſe baſirt auf der Freiheit

Servituten völlig analogen Recht. Auch hier trat der Umſtand, daß das Recht durch Rechtsſätze begründet war, der Auffaſſung deſſelben als dinglichen entgegen.

4) Ueber die Befugniſſe der Volksglieder, die res publicae zu gebrauchen, iſt ſchon oben geſprochen worden. Mag, was die Sachen einer Geſammtheit betrifft, urſprünglich die unklare Vorſtellung eines Geſammteigenthums vorhanden geweſen ſein, ſobald eine eigentliche Jurisprudenz entſteht, erſcheint die Geſammtheit als ſolche als Eigenthümerin. An gewiſſen Sachen aber haben die einzelnen Glieder der Geſammtheit begriffsmäßig ein Gebrauchsrecht, nämlich an ſolchen, welche ihrer Beſchaffenheit nach von Allen ohne Ausſchließlichkeit benutzt werden können. Die Geſammtheit hat kein Mittel, dieß Gebrauchsrecht dem Einzelnen zu entziehen (außer indem ſie ihm die Eigenſchaft eines Geſammtheitsgliedes entzieht), ſie kann aber einer Sache ſelbſt die thatſächliche oder rechtliche Eigenſchaft, welche Gebrauch durch Alle bedingt, ganz oder theilweiſe nehmen und dadurch das Recht aufheben; deßwegen kann ſich nach dieſer Richtung hin der Begriff des Rechts an der Sache ſelbſt nicht ausbilden. Allen Anderen, als der Geſammtheit gegenüber, iſt aber das Recht der Einzelnen geſchützt, und zwar durch die ordentlichen Gerichte geſchützt, wie wir dieß namentlich für die Rechte an den öffentlichen Wegen und Flüſſen ausgeſprochen finden [42]). Nach dieſer Seite aber entwickelt ſich der Begriff des mit dinglicher Klage geſchützten Rechts an der Sache

---

der eigenen Sache, welche durch das Eindringen des Rauches verletzt wird. Daſſelbe gilt von dem interd. de arboribus caedendis bei Ueberhang der Aeſte auf ein Feldgrundſtück. Hier geht das Interdict nur auf Beſeitigung der in die Luftſäule des Impetranten hineinreichenden, die Freiheit des Grundſtückes alſo beeinträchtigenden Aeſte.

42) S. o. N. 24.

ſelbſt nicht, weil das Recht lediglich auf einem Rechtsſatz beruht und nicht, wie das bei der agri occupatorii der Fall iſt, eine Thätigkeit des Einzelnen zur Begründung des Rechts erforderlich iſt.

5) Ganz den Charakter eines dinglichen Rechts hatten aber die durch die lex colonica feſtgeſtellten Rechte des populus an den einer Colonie eigenthümlich zuſtehenden Wegen (iter populo servit) [43]). Der Colonie ſtand die Caſſirung oder Veränderung dieſer Wege nicht zu. Der Umſtand, daß etwaige Streitigkeiten nicht der Cognition der ordentlichen Gerichte unterlagen, mag der Grund ſein, warum dieſe Rechte von den Juriſten nicht unter den Servituten aufgeführt waren.

Wir haben alſo folgendes Reſultat gewonnen: das römiſche Recht kennt neben den als jura in re aliena aufgefaßten Rechten noch eine Anzahl von rechtlich geſchützten Befugniſſen, direct auf eine fremde Sache einzuwirken. Von dieſen können einige allerdings nicht gegen jedermann, namentlich nicht gegen den Eigenthümer geltend gemacht werden, bei anderen iſt die Geltendmachung aber entweder ausdrücklich als unbeſchränkte anerkannt oder die beſchränkte Geltendmachung rechtfertigt ſich dadurch, daß zu einer weiteren Ausdehnung ein Bedürfniß nicht vorliegt. Das Nichtgegebenſein einer dinglichen Klage hat alſo wenigſtens für die beiden letzteren Arten von Rechten nur eine formale Bedeutung und hindert nicht, dieſelben ihrem Inhalt nach den als dinglich anerkannten Rechten an die Seite zu ſetzen da, wo die Berückſichtigung der formalen Geſtaltung gegen die des materiellen Inhalts in den Hintergrund tritt, wie dieß bei der Vergleichung der Rechte ver-

43) Elvers, a. a. O. S. 286.

ſchiedener Völker der Fall iſt. Ja, wir müſſen hier ſogar noch weiter gehen und auch diejenigen Rechte, welche ſich nur nach einer Seite als dingliche herausſtellen, ebenfalls berückſichtigen.

Aus den zuletzt betrachteten Rechtsbildungen gewinnen wir aber das Reſultat, daß es den Principien des römiſchen Rechts keineswegs zuwider läuft, daß dingliche Rechte von Anfang an durch einen Rechtsſatz begründet werden, und daß Subject eines dinglichen Rechts auch der Detentor eines Grundſtücks und das Glied einer Univerſitas als ſolches ſein kann.

In Deutſchland ließ der Mangel einer Rechtswiſſenſchaft den Begriff des jus in re aliena vor der Receptiön des römiſchen Rechts nicht zur klaren Anſchauung gelangen, trotzdem exiſtirte er wirklich. Hier wie dort iſt die Befugniß der directen Einwirkung auf eine fremde Sache anerkannt, hier wie dort ſteht dieſe Befugniß entweder nur einer einzelnen Perſon für ihr Leben zu, oder ſie iſt veräußerlich und vererblich, oder iſt durch Eigenthum oder Beſitz eines Grundſtücks bedingt, oder kommt dem Glied einer Univerſitas zu, oder hängt von der Exiſtenz einer Forderung ab. Nicht vorhanden war jedoch die verſchiedene Behandlung des auf einem Rechtsſatz und des auf einem Rechtsgeſchäft beruhenden Rechts, da die Bedingung dieſer verſchiedenen Behandlung, die formelle Ausbildung einer dinglichen Klage nicht exiſtirte. Nicht vorhanden war ferner der Begriff der Servitut als einer beſonderen Art der dinglichen Rechte. Da aber dieſer Begriff, wie gezeigt, auch im römiſchen Recht nur eine hiſtoriſche Bedeutung hat, ſo kann aus dem Mangel derſelben eine Folgerung nicht gezogen werden. Aus demſelben Grund kann es aber auch nicht als eine principielle Verſchiedenheit ange-

ſehen werden, daß das deutſche Recht bei ſolchen durch Rechtsgeſchäfte conſtituirten Rechten, welche ihrem Inhalt nach zu den von den Römern als Servituten bezeichneten Rechtsbildungen gehören würden, in der Beſtimmung der Perſon des Berechtigten ſich nicht an die römiſche Lehre bindet, daß die Berechtigung entweder an das Eigenthum eines Grundſtücks oder an das Leben einer Perſon geknüpft ſein muß. Erkennt ja das römiſche Recht bei ſervitutenähnlichen Rechten, welche durch Rechtsſatz entſtehen, die Beſtimmung des Berechtigten durch die Detention eines Grundſtücks und die Mitgliedſchaft einer Univerſitas an und erklärt es andere Arten von dingtichen Rechten als frei veräußerlich und vererblich. Das deutſche Recht bewegt ſich, weil es von zufälligen Schranken nicht bewegt iſt, freier, geht deßwegen aber nicht von verſchiedenen Principien aus [44]). Auf der anderen Seite finden ſich manche Arten von Servituten in Deutſchland nur in beſchränkter Anwendung vor, ſo namentlich der Uſusfructus. Dieſer kommt hauptſächlich in demjenigen Verhältniß vor, von welchem er auch in Rom ſeinen Ausgang genommen hatte, nämlich bei der überlebenden Ehefrau. Das Recht derſelben an dem ihr zur Leibzucht ausgeſetzten Gut ihres Mannes ſtellt ſich im Gegenſatz zu dem älteſten Recht, wo es noch mehr die Natur des zeitlich begränzten und durch die Rechte der Erben beſchränkten Eigenthums hatte [45]), als Recht an fremder Sache dar [46]). Ein zweiter Fall ſeines Vorkommens findet ſich bei der

44) Die deutſche Praxis hat in völlig richtiger Erkenntniß der Sache nie Anſtand genommen, die Gültigkeit der Beſtellung eines Weiderechts auf dem Boden eines Dritten für die Glieder einer Univerſitas oder einer habitatio für den Inhaber eines Amts anzuerkennen.

45) Vergl. oben S. 273 u. 398.

46) Lifgetucht, de he ir gegeven hevet an ſinem egene. Sachſenſp. I, 21 §. 2 a. E.

Uebergabe von Gütern an die Erben oder auch bei Alienation an Dritte. Durch die beſonderen Verhältniſſe der Güter, bei welchen dieſe Reſervation vorkam, und die Verbindung dieſes Nießbrauchs an einem Theil des übertragenen Grundſtücks mit Präſtationen von Seiten des Uebernehmers, erhielt dieſes Inſtitut oft eine beſondere Ausbildung. Der hauptſächliche Grund, warum der Nießbrauch nicht auch in anderen Fällen häufig vorkam, lag in dem Mangel der Freiheit, von Todes wegen zu disponiren; dazu kommt, daß man in manchen Fällen, in welchen die Römer einen Uſusfructus conſtituirt haben würden, eine Belehnung vorzog.

Die Superficies findet ſich im deutſchen Recht ebenfalls vor und zwar ganz in derſelben Weiſe, wie im römiſchen Recht, namentlich häufig wird ſchon früh die auf öffentlichem Grund und Boden errichtete Superficies und der dafür gegebene Arealzins erwähnt [47]).

Das Bedürfniß, eine Forderung zu ſichern, führte auch im deutſchen Recht zur Ausbildung eines Pfandrechts. Da in dieſem Recht bei Mobilien eine ſolenne Rechtsübertragung nicht ſtatt fand, die ſolenne Rechtsübertragung bei Immobilien aber neben der Eigenthumsübertragung auch einen anderen Inhalt zuließ, ſo bildet die Eigenthumsübertragung nicht die ausſchließliche Möglichkeit der Beſtellung dinglicher Sicherheit und es konnte ſich neben dem zur Sicherung von Rechten vorgenommenen Verkauf mit Wiederkauf vom Anfang an die Satzung ausbilden. Bekanntlich wird aber oder wurde wenigſtens behauptet, daß in der Satzung Eigenthum übertragen werde. Aus der Ausdrucksweiſe der Quellen iſt für dieſe Frage wenig Raths zu holen; wie ſo vielfach, wurde das Bedürfniß einer genauen Formulirung nicht gefühlt oder

47) S. z. B. Freiburger Stadtprivileg von 1120 S. 28.

ging die Fähigkeit dazu ab. Sucht man aber das Recht nach dem Inhalt der Rechtsſätze ſelbſtſtändig zu formuliren, ſo iſt dieß Beſtreben in Betreff der Mobilien allein inſofern fruchtlos, als wegen des Gebundenſeins des Rechts an die Thatſache des Innehabens die Rechtsſätze ſich eben ſowol mit der Annahme des Eigenthums des Pfandgläubigers, als mit der eines jus in re aliena vereinigen. Für die Immobilien läßt ſich jedoch das Recht des Pfandgläubigers nur als Recht an fremder Sache auffaſſen und die vielfach gleiche Behandlung der Satzung beider Arten von Sachen beſtimmt auch dieſe Formulirung für die Mobilien feſtzuhalten.

Eine Beſonderheit bietet das deutſche Pfandrecht dadurch, daß ſeine acceſſoriſche Natur nicht überall klar erkannt iſt, daß vielmehr die principale Forderung mit dem Pfandobject in der Weiſe verbunden wird, daß mit dem Untergang des letzteren auch die erſtere untergeht [48]). Man hat [49]) daraus mit Unrecht die Natur des Pfandvertrags als Kauf mit Wiederkauf herleiten wollen, der Satz ſcheint mir vielmehr folgendermaßen erklärt werden zu müſſen. Man ging von der Anſicht aus, daß der Pfandgläubiger den nicht bei Gelegenheit des Gebrauchs des Pfandes entſtandenen reinen Caſus (Diebſtahl gehört nicht dazu) zu tragen habe [50]) und faßte

48) Ich ſehe den Satz keineswegs als Product einer ſpäteren Praxis an, wie Budde (Zeitſchr. für deutſches Recht Bd. IX. S. 415) und Förſter (ebendaſ. S. 138), welche, obgleich von verſchiedenen Principien ausgehend, nach Homeyer's Vorgang zu dem verzweifelten Mittel ſchreiten, im Sachſenſp. III. 5 §. 5 ein ſinguläre Beſtimmung für „eſſende Pfänder" zu finden, eine Uneleganz, wie ſie ſelbſt dem unentwickeltſten Recht nicht zuzutrauen wäre.

49) S. namentlich Madai in der Zeitſchr. f. d. R. Bd. VIII. S. 288.

50) Eine Widerlegung von Budde's von faſt allen neueren

die Rückgabe des Pfandes und die Rückzahlung der principalen Schuld als einander bedingende Acte in der Art auf, daß die Vornahme des einen nur, wenn der andere vorgenommen war, gefordert werden konnte. Klagte der Pfandschuldner auf Restitution des Pfandes, unter Offerirung der Zahlung, so opponirte der Pfandgläubiger casuellen Untergang und der Beweis desselben entband ihn von der Klage. Klagte der Pfandgläubiger auf Zahlung, so verlangte der Pfandschuldner Herausgabe des Pfandes, replicirte jener casuellen Untergang, so machte dieß seine Lage nicht besser, da er die Bedingung eben nicht erfüllen konnte. Man könnte es so ausdrücken: er trug den Casus der Bedingung, resp. er trug den Casus, der die Sache traf, soweit dadurch die Erfüllung der Bedingung unmöglich wurde. — Das spätere Recht verließ diese unvollkommene Anschauung und die rein accessorische Natur des Pfandrechts trat in den Vordergrund.

Ein besonderes Interesse bieten im deutschen Recht diejenigen Rechte an fremder Sache, welche durch Verleihung von Immobilien entstanden sind. Der Verf. sieht das Eigenthümliche der deutschen Leihe darin, daß „Verträgen, welche zunächst ein persönliches Verhältniß begründen, zugleich ein dinglicher Charakter gegeben worden sei." „Bei den verschiedenen Arten der Leihe erwerbe der Beliehene auf Grund des zwischen den Contrahenten begründeten persönlichen Verhältnisses zugleich ein dingliches Recht, welches aber durch das persönliche Verhältniß bedingt und getragen werde." Diese Auffassung ist eine irrige. Allerdings ist zwischen dem Lehnsherrn und Lehnsmann ein persönliches Treuverhältniß begründet, dasselbe wirkt aber auf das dingliche Recht des

Schriftstellern angenommenem Princip, daß der Pfandgläubiger unbedingt allen Schaden zu tragen habe, würde hier zu weit abführen und soll an einem anderen Ort geliefert werden.

letzteren nicht ein, d. h. es bestimmt seinen Inhalt nicht. Dieß ist dadurch deutlich zu erkennen, daß, wie verschiedenartig dieß persönliche Verhältniß im einzelnen Fall auch festgestellt sein mag, der Inhalt des dinglichen Verhältnisses davon unberührt bleibt, daß z. B. der Vasall, welcher von der Leistung der Lehnsdienste ganz befreit ist, ein eben so festes und umfassendes Recht an dem Gute hat, als derjenige, welcher neben den Kriegsdiensten noch andere Dienste zu leisten hat, daß ferner der Umstand, daß der Lehnsmann von höherem Stand ist, als der Lehnsherr, welcher auf das persönliche Verhältniß großen Einfluß ausübt, für das dingliche Recht ganz indifferent ist. Die Lehnsdienste und die Lehnstreue, so weit sie rechtlich erzwingbar ist, erscheinen als Gegenprästationen für die Constituirung des dinglichen Rechts; Lehnpflicht und Lehnrecht bedingen sich hinsichtlich ihrer Existenz, jedoch nicht hinsichtlich ihres Inhalts. Dasselbe gilt für die bäuerlichen Leihen. Es ist aber auch historisch falsch, das persönliche Verhältniß und das dingliche als vom Anfang an mit einander verbunden anzusehen. Wie aus Roth's Untersuchungen erhellt, kommen beide ursprünglich selbstständig vor, ihre Verbindung ist nur eine zufällige. Die später allgemein vorkommende Vereinigung beider ist ein Product der Einwirkung staatlicher Zustände, welche in directerem Widerspruch mit dem von dem Verf. proclamirten Objectivismus standen, als irgend welche historischen Zustände des römischen Volks. Daher konnte auch diese Vereinigung nur so lange Bestand haben, als diese staatlichen Zustände dauerten, und je intensiver die Staatsidee erfaßt und realisirt wird, um so mehr tritt das persönliche Moment zurück. Den Feudalismus ohne Berücksichtigung der verschiedenen Stufen der Entwickelung für die der germanischen Rechtsanschauung angemessene und

aus ihr hervorgehende Verfaſſungsform erklären, heißt den Germanen die Fähigkeit der Erkenntniß der Staatsidee abſprechen.

Betrachtet man das Recht, welches der Lehnsmann und der Colon an dem Grund und Boden hatte, an ſich, ſo ſtellt es ſich ſeinem Inhalt nach als eine Nutzungsbefugniß des geſammten Grundes und Bodens in ähnlicher Weiſe dar, wie ſie dem Uſufructuar, dem Clienten, dem Beſitzer des ager publicus, des Vectigalgrundſtücks und der Emphyteuſe zukam. Hierin kommen die verſchiedenen Arten der Leihe und des Lehens in den verſchiedenen Zeiten faſt völlig überein. Eine Verſchiedenheit iſt vorhanden (und dieſe Verſchiedenheit tritt namentlich bei denſelben Inſtituten in den verſchiedenen Zeiten ihrer Ausbildung hervor) hinſichtlich der Dauer und der Realiſirbarkeit des Rechts. Es ſteht entweder dem Berechtigten für ſeine oder für des verleihenden Eigenthümers Lebenszeit zu, oder kann von ihm frei oder mit Beſchränkung auf gewiſſe Generationen oder beſonders qualificirte Perſonen vererbt und veräußert werden; meiſt iſt es auch abhängig von der Erfüllung gewiſſer Leiſtungen. Es iſt entweder dem Eigenthümer und Drttten gegenüber feſt begründet, oder es beruht auf dem Willen des Eigenthümers; es kann von dem Berechtigten ſelbſt vertreten werden, oder der Eigenthümer vertritt dieſen. In Allem dem kann eine principielle Verſchiedenheit von dem römiſchen Recht nicht erkannt werden, ja es finden ſich ſogar, wenn man, wie dieß nothwendig geſchehen muß, auch diejenigen bei den Römern vorkommenden Verhältniſſe zu fremdem Grund und Boden, welche ſich nicht zu dinglichen Rechtsverhältniſſen entwickelten, zur Vergleichung herbeizieht, faſt für alle einzelnen Fälle Analogien vor und namentlich die älteſten Zeiten zeigen bei beiden Völkern ziem-

lich übereinſtimmende Zuſtände [51]). Nicht in der principiellen Verſchiedenheit der rechtlichen Anſchauung liegt der Grund, warum ſich die dinglichen Verhältniſſe bei den Römern und den Germanen des Mittelalters ſo verſchieden geſtaltet haben, dort das Syſtem des freien Eigenthums, hier das des Lehens und der Leihe das herrſchende wurde, ſondern in der Verſchiedenheit der politiſchen und ſocialen Entwickelung. In Rom iſt ſchon früh ausgebildet, was in Deutſchland erſt nach harten Kämpfen errungen werden konnte, einerſeits die Feſtigkeit der Staatsgewalt und die Innigkeit der Ueberzeugung des einzelnen Bürgers, als ſolcher dem Staate verpflichtet zu ſein, andererſeits die Sicherheit des Verkehrs und die Baſirung deſſelben auf Geld — dazu kommt noch in Rom die große Vermehrung der Anzahl der Sclaven und die verſchiedene Nationalität derſelben [52]). Es iſt hier nicht der Ort, die Wirkungen dieſer Momente im Einzelnen auszuführen,

51) Als ager publicus, d. h. dem König als ſolchem zuſtehend, wurde das nicht im Privateigenthum ſtehende und das eroberte Land betrachtet, wenigſtens gilt dieß von dem nach der erſten Niederlaſſung eroberten. Unter den Merovingern wurden Theile dieſes öffentlichen Landes den einzelnen Volksgenoſſen zu eigen aſſignirt. Die Appriſionen oder Propriſionen (Roth, Geſch. d. Beneficialweſens S. 69 ff.) laſſen ſich bis zur königlichen Beſtätigung (welcher freilich auch der dreißigjährige Beſitz gleichgeſtellt wird) der possessio des ager publicus an die Seite ſtellen. Auch die älteſten Bodenanweiſungen an Unfreie und Clienten ſind neben einander zu ſtellen. Tacitus durfte von ſeinem Standpunkt aus die Behandlung der Unfreien bei ſeinen Landsleuten zu ſeiner Zeit und bei den Germanen derſelben Zeit vergleichen, unverantwortlich iſt es aber, wenn wir aus der Gegenüberſtellung des mos Romanus am Ende des erſten Jahrhunderts und der gleichzeitigen deutſchen Zuſtände ernſthaft Schlüſſe ziehen wollen. Das precarium und peculium der älteſten Zeit und die sedes und Penates der Unfreien des fünfundzwanzigſten Kapitels der Germania entſprechen einander.

52) S. o. S. 293.

nur auf Eine Thatsache soll hier aufmerksam gemacht werden. Denselben Umstand, welcher in Deutschland einen hauptsächlichen Grund der Oblation und der Commendation bildete, das Drückende des Kriegsdienstes für den Unvermögenden, finden wir auch in Rom vor. Wie wirkte er aber hier? Vermöge der Geldwirthschaft lediglich thatsächlich — der Reiche gibt dem Armen Geldbarlehn und kauft ihn schließlich aus; die persönliche Stellung bleibt unverändert, das Recht am Grund und Boden behält dieselbe Natur, nur die Subjecte wechseln.

Im Allgemeinen ist das System des freien Grundeigenthums also die Nutzbarmachung des Grundvermögens durch Selbstbewirthschaftung, durch Sclavenarbeit oder durch Verpachtung und die rechtliche und thatsächliche Möglichkeit der Veräußerung gegen Geld allen Bedürfnissen entsprechend, doch erscheint dieses System für manche besonderen Verhältnisse nicht passend und die Römer bedenken sich in diesen Fällen nicht dasselbe zu verlassen. Municipien, Priestercollegien und anderen Corporationen kommt es ihrer Natur nach weniger darauf an, ihr Grundvermögen in der jedesmal am Passendsten scheinenden Weise nutzbar zu machen oder zu geeigneter Zeit vortheilhaft veräußern zu können, ihr Bestreben muß vielmehr dahin gehen, eine sichere Rente aus dem unveräußerlichen Grundvermögen zu ziehen und mit der Administration möglichst wenig zu thun zu haben [53]). Diese Rücksicht führte zu dem Austhun der Grundstücke gegen ein Vectigal. In der späteren Zeit veranlaßte neben diesen Gründen wol namentlich der Umstand, daß für gewisse Güter, welche, um

53) Vgl. Plinius (epist. VII, 18), Bedenken gegen freie Selbstverwaltung des Vermögens durch die Municipalbehörden. Auf diese Stelle wird unten noch näher eingegangen werden.

vortheilhaft bewirthschaftet werden zu können, Verbesserungen nothwendig hatten, Pachter (mit lediglich obligatorischen Rechten und ohne Garantie dafür, daß ihnen der Vortheil ihrer Verwendungen zu gute kommen werde) nicht leicht sich fanden, die Selbstbewirthschaftung aber wegen der Größe des Grundbesitzes und des Mangels des Betriebscapitals nicht vortheilhaft erschien, zur häufigen Anwendung der Emphyteuse. Aehnliche Rücksichten der Nothwendigkeit der Garantie des Besitzstandes hatte schon früher das Institut des Superficies hervorgerufen.

Reallasten. „Das römische Eigenthum ist reines Recht" — „das germanische Eigenthum ein Recht, auf welchem Pflichten ruhen." Dieß sind die Gründe, aus welchen der Verf. für das eine Recht die Unmöglichkeit, für das andere die Möglichkeit der Entstehung der Reallasten herleitet. Der erste Fehler dieser Argumentation liegt in der Verbindung der Reallasten und des Eigenthums, denn mit dem Eigenthum hängen die Reallasten begrifflich nicht zusammen, wie daraus hervorgeht, daß bei den meisten Reallasten nicht der Eigenthümer verpflichtet ist, und daß die den Eigenthümer verpflichtenden nicht anderer Natur sind, als diejenigen, bei welchen ein Besitzer, der nicht Eigenthümer ist, verpflichtetes Subject ist. Der zweite Fehler des Verfs. ist der allgemeine, oben gerügte, daß zwei ganz verschiedene Begriffe einander gegenüber gestellt werden, Servituten und Reallasten. Will man das römische und das deutsche Rechtsmaterial in dieser Beziehung mit einander vergleichen, so kann man nur von dem oben aufgestellten allgemeinen Begriff des an die Sache geknüpften Rechtsverhältnisses ausgehen und zwar hier insbesondere von demjenigen, dessen Object ein Thun ist. Kennt

nun das römiſche Recht ſolche Rechtsverhältniſſe? Nr. 6 der oben aufgeſtellten Tabelle (S. 391) gibt Antwort darauf.

Die unter Nr. 6 a. *a.* aufgeführten Verpflichtungen ſind nicht Conſequenzen aus dem Berechtigten an den Sachen zuſtehenden Rechten, wie z. B. die Verpflichtung des unberechtigten Inhabers dem vindicirenden Eigenthümer, oder des Eigenthümers dem Uſufructuar gegenüber, ſondern der Verpflichtete iſt wirklicher Eigenthümer und der Berechtigte hat kein Recht an der Sache ſelbſt. Der Verpflichtete iſt aber auch weder durch Vertrag noch durch Delict mit dem Berechtigten in ein obligatoriſches Verhältniß getreten, es iſt vielmehr lediglich ſein Eigenthum, mit welchem durch Rechtsſatz die Obligation verbunden iſt, und deren Subject er eben als Eigenthümer wird. — Nur durch den Inhalt der Obligation unterſcheiden ſich hiervon die unter b und c aufgeführten Verpflichtungen; die Exhibitionspflicht (a. *β.*) aber hat das Charakteriſtiſche, daß ſie nicht nur den Eigenthümer, ſondern jeden Beſitzer trifft.

Wir finden alſo, daß da, wo das Recht aus ſittlichen oder Nützlichkeits-Rückſichten ein Intereſſe anerkennen wollte, welches nur dadurch realiſirt werden konnte, daß man dem Eigenthümer oder Beſitzer als ſolchem eine Obligation auferlegte, die Römer keineswegs vor dieſer Verbindung zurückſchrecken und es ſtellt ſich demnach ſchon hiernach das Princip, daß der Eigenthümer oder Beſitzer als ſolcher nicht belaſtet ſein könne, als irrig heraus. Weit intereſſanter für unſere Betrachtung ſind aber die unter d und e aufgeführten mit Sachen verknüpften Rechtsverhältniſſe, da dieſelben ihrem Inhalt nach mit den Reallaſten übereinſtimmen.

Die unter d erwähnten öffentlich rechtlichen Verpflichtungen beſtehen entweder in der Verpflichtung, die öffentlichen an den Grundſtücken vorbeigehenden Wege in Stand zu hal-

ten, zu pflaſtern, Waſſerleitungen zu reinigen, Beiträge dazu und zur Inſtandhaltung der Kloaken zu geben oder Beiträge zu Staats- oder Kommunallaſten als Grundſteuer, Annona, Spanndienſte, Einquartirung u. ſ. w. Mögen dieſe Leiſtungen urſprünglich auch als perſönliche Pflichten des Bürgers als ſolchen erſchienen ſein und die Beziehung auf den Grund und Boden nur das Maß der Verpflichtung abgegeben haben, wie dieß aus der Geſammtvermögenstaration im Cenſus genau erſichtlich iſt — in der ſpäteren Zeit verändern ſie dieſe ihre urſprüngliche Natur. Nicht nur der Bürger, ſondern auch der fremde Grundbeſitzer, der perſönlich Steuerfreie zahlt, der Uſufructuar, der dinglich Berechtigte hat die Steuern zu tragen. Daher werden dieſe Laſten als onera fundi, munera locorum, possessionibus indicta, rei inhaerentia, propter possessiones praestanda, quae fundus debet, im Gegenſatz zu den munera personalia bezeichnet und dieſen Unterſchied dadurch practiſch gemacht, daß perſönlich privilegirte Stellung von der Entrichtung jener nicht ohne Weiteres befreit, daß auch Forenſen dieſelben leiſten müſſen u. ſ. w. Ja, es wird ſogar erklärt: in vectigalibus ipsa praedia conveniuntur, und daraus die Verpflichtung des Eigenthümers, für die rückſtändigen unter ſeinem Vorgänger verfallenen Präſtationen zu haften, abgeleitet.

Ebenſo haben aber auch die unter α. angeführten Präſtationen, welche als Entgeld für die Ueberlaſſung von Sachen erſcheinen, dieſelbe Natur, wie die deutſchen Reallaſten. Der occupirte ager publicus iſt frei alienirbar, der Acquirent als ſolcher hat ohne Vertrag mit dem Käufer den Zehnten zu zahlen. Die anderen Präſtationen beruhen urſprünglich auf den bei dem Ueberlaſſungsvertrag feſtgeſtellten Obligationen; von dem Moment an, wo mit der Geſtaltung ſelbſtſtändiger Rechtsmittel zum Schutz im Beſitz ſowol dem Eigenthümer

als Dritten gegenüber die Veräußerung des Rechtes möglich und rechtlich anerkannt wurde, wo alſo aus dem rein obligatoriſchen Recht ein dingliches wurde, war auch mit Nothwendigkeit die Pflicht der Gegenleiſtung mit dem Beſitz der Sache verbunden[54]).

Das römiſche Recht kennt hiernach den germaniſchen Reallaſten völlig entſprechende Rechtsbildungen und dieſelben unterſcheiden ſich nur durch die größere Beſchränkung hinſichtlich ihrer Entſtehung von jenen. Die römiſchen Reallaſten entſtehen entweder durch einen Rechtsſatz oder durch eigene beſtimmte Rechtsgeſchäfte, in welchen Grund und Boden zum Gebrauch überlaſſen wird. Eine Errichtung durch andere Rechtsgeſchäfte kennt jedoch dieſes Recht nicht. Wie iſt nun aber dieſe Beſchränkung zu erklären, iſt aus ihr eine principielle Verſchiedenheit zwiſchen den beiden Rechtsbildungen abzuleiten? Ich trage kein Bedenken, die letztere Frage mit nein zu beantworten: beſchränkt blieben die römiſchen Reallaſten, weil das Bedürfniß keine anderen hervortrieb.

Auch bei den Germanen findet ſich nicht vom Anfang an das Princip aufgeſtellt, daß alle Arten von Leiſtungen als Reallaſten conſtituirt werden können. Reallaſten ſind

54) Die Behauptung Duncker's (Lehre von den Reallaſten §. 48), daß die Pflicht zur Zahlung des Kanons und des Solariums nicht eine Reallaſt ſei, ſondern aus dem von jedem neuen Acquirenten der Emphyteuſe mit dem Eigenthümer abzuſchließenden Vertrag hervorgehe, beruht auf einer Verkennung der durch die Hereinziehung des dinglichen Elements hervorgebrachten Modification des urſprünglich rein obligatoriſchen Miethvertrags. In der l. 3. C. de jure emphyteutico, auf welche ſich Duncker beruft, erklärt Juſtinian zu Ende ausdrücklich, daß, wenn der Eigenthümer innerhalb des geſtellten Termins ſeine Zuſtimmung zur Veräußerung nicht gebe, der Emphyteuta auch gegen den Willen des Eigenthümers veräußern dürfe.

urſprünglich nur die Präſtationen an Staat und Kirche. Sodann bilden ſich die Leiſtungen, welche als Aequivalent für die Ueberlaſſung von Grund und Boden erſcheinen, aus, daneben werden auch die aus der perſönlichen Abhängigkeit hervorgehenden Leiſtungen mit dem Boden verbunden, ferner wird die durch Rechtsſatz ausgeſprochene oder durch Vertrag ſpeciell übernommene kriegeriſche Dienſtpflicht mit dem Beſitz des Lehens verbunden, es werden die für den vogteilichen Schutz gegebenen Abgaben dem Boden aufgelegt und endlich erſt in Folge zweiſeitigen Vertrags oder durch Schenkung Renten zum Beſten beliebiger Dritter auf Grundſtücke radicirt.

Zur Ausbildung der meiſten dieſer Reallaſten fehlen im römiſchen Recht die Vorausſetzungen: Hörigkeit, Lehen und Vogtei (erſt in der ſpätern Zeit bieten der Colonat und das Verhältniß der Eigenthümer der agri laetici Analogien dar). Präſtationen für Ueberlaſſung von Grund und Boden kommen dagegen, wie wir geſehen haben, vor; dieſe waren jedoch bis in die ſpätere Zeit in dem Privatverkehr nicht üblich, ebenſowenig wie in dieſem der Rentenkauf oder ein ähnliches Reſtitut vorkommt. Der Grund dafür iſt ſchon oben angedeutet worden. Wollte man ſich eines Grundſtücks entäußern, ſo war das Weggeben gegen eine Geldſumme zweckmäßig. Der rege Verkehr machte es möglich, Käufer zu finden und den Kaufpreis, ſowie anderweit erworbene Gelder innerhalb des Gebiets des Obligationenrechts nutzbar zu machen. Die Ausbildung dieſes Rechts, namentlich aber die Einwirkung der Paſſivobligation auf das geſammte Activvermögen (nicht bloß das Mobiliarvermögen) des Schuldners, der unbedingte Uebergang der Schulden auf den Erben gewährte dieſer Verwendung des Vermögens eine große Sicherheit, welche durch ſpecielle Verbindung der Obligation mit einer Sache

des Schuldners durch Hypothecirung noch vermehrt werden konnte. Bei dieſer Möglichkeit der Nutzbarmachung des Vermögens konnte man im Allgemeinen vernünftiger Weiſe nicht zu der Anſicht gelangen, daß das Austhun eines Grundſtücks gegen einen Zins oder ein dem Rentenkauf analoges Rechtsverhältniß eine zweckmäßige Vermögensanlage ſei. Sieht man von den anderen Vermögensanlagen ab, ſo erreichte man mit dem zinsbaren hypothekariſch verſicherten Darlehn denſelben Effect, wie mit dem Rentenkauf. Wird ja doch auch dieſer in der ſpäteren Entwickelung der modernen Satzung nahe gebracht[55]), d. h. erſcheint er auch ſeiner formalen Geſtaltung nach mehr und mehr als mit Realſicherheit verſehenes zinsbares Darlehn.

Bisher ſind die Renten nur als Revenüen eines Capitals betrachtet worden. Sie können jedoch auch an und für ſich ohne Rückſicht auf ein Capital als zu gewiſſen Zeiten wiederkehrende Präſtationen aufgefaßt werden und es kann ein Bedürfniß vorliegen, durch Rechtsgeſchäfte eine Pflicht zu ſolchen Leiſtungen zu ſchaffen. Im deutſchen Recht iſt die ſichere Hervorbringung einer ſolchen Realpflicht kaum anders denkbar als durch Radicirung auf eine Immobilie, im römiſchen Recht kann ſie als reine Obligation durch die gewöhnlichen Geſchäfte unter Lebenden und von Todes wegen beſtellt werden. Die Pflicht zur Entrichtung der Renten ging auf die Erben über, raſch nahm ſie in ihrer Perſon oder der des Legatars ihren Anfang und ging auf deren Erben über. Die Beſchränkung der Stellvertretung und der letztwilligen Zuwendung an personae incertae machte freilich den Uebergang dieſer Rente auf die Erben des Rentenempfängers nicht möglich und inſofern war die Rente nur dann eine immerwährende,

55) Albrecht, Die Gewere S. 177 ff.

wenn ſie einer juriſtiſchen Perſon ausgeſetzt war. Das Bedürfniß ewiger Renten iſt aber auch weſentlich[56]) nur in Betreff dieſer letzteren vorhanden. Solche Renten müſſen der öfteren Erwähnung in den Quellen nach häufig geweſen ſein, und wenn man auch nicht von einer Begünſtigung derſelben ſprechen kann, ſo geht doch aus den Entſcheidungen der l. 20 §. 1, l. 23, 24 de annuis leg. hervor, daß man ihrer Beſtellung keineswegs hindernd in den Weg trat. Das ſpätere Recht ließ auch den Uebergang auf die Erben des Empfängers zu, ſo daß immerwährende Renten nun allgemein vorkommen konnten. Die Erhebung der rein obligatoriſchen Renten war allerdings dadurch ſchwierig, daß die Verpflichtung auf alle einzelne Erben des Conſtituenten pro rata überging. Dieſem Uebelſtand half man dadurch thatſächlich ab, daß bei der Erbtheilung einer der Erben mit der Auszahlung der Rente von den übrigen beauftragt wurde, an welchen ſich nun der Rentberechtigte allein wenden konnte[57]), während, wenn nicht zugleich die Obligation novirt wurde, rechtlich die Forderung paſſiv getheilt blieb und die Inſolvenz des einen Verpflichteten dem Berechtigten ſchadete. Ferner pflegte man wol auch die annua legata auf ein beſtimmtes Grundſtück anzuweiſen, aus deſſen Einkünften ſie bezahlt werden ſollten — annua praestanda ex praediis, ex reditu fundi, coenaculi et horrei, de fundo, fundus debet legata, a

56) Sobald man dies Rentgeſchäft nicht als Capitalanlage auffaßt, wird bei Conſtituirung von Renten (durch einſeitiges oder zweiſeitiges Geſchäft) zu Gunſten einer phyſiſchen Perſon regelmäßig die Individualität des Empfängers berückſichtigt werden, gerade ſo wie bei der Beſtellung eines Uſusfructus (vgl. l. 8 de annuis leg.). Die Renten zu Gunſten phyſiſcher Perſonen ſtellen ſich regelmäßig als Alimente u. ſ. w. dar.

57) L. 3. de alimentis leg.

re relicta alimenta[58]). Auch dieſe Verbindung war jedoch nicht ſo innig, daß die Laſt als rechtliche Eigenſchaft der Sache gegolten hätte[59]), und daher auf den Singularſucceſſor übergegangen wäre. Ebenſowenig iſt dem Belaſtetem die Alienationsbefugniß an ſich entzogen[60]), wiewol dieß durch beſondere Beſtimmung öfters geſchehen mochte[61]). Auch dann, wenn der Erblaſſer ein Grundſtück für die legirte Rente verpfändete[62]), ſcheint eine Modification der Grundſätze über Pfandrecht nicht angenommen werden zu dürfen[63]), ſo daß alſo namentlich auch die exceptio excussionis nicht ausgeſchloſſen war. In Einer Beziehung iſt jedoch die Anweiſung auf das Grundſtück rechtlich relevant; die Pflicht, die annua zu zahlen, geht nämlich auf den Ufufructuar über nach l. 7 §. 2 de usufructu, wo Ulpian alimenta a re relicta mit dem tributum, stipendium, solarium zuſammenſtellt und unter den onera praedii begreift.

Es iſt oben bemerkt worden, daß gewiſſe Rückſichten in beſonderen Verhältniſſen das Abgehen von dem Syſteme des freien Eigenthums bei den Römern gerechtfertigt haben. In denſelben Verhältniſſen tritt auch das Bedürfniß einer feſten aus Einer Hand ſicher zu beziehenden Rente hervor, und dieſelben Rechtsgeſchäfte, welche in Folge jener Rückſichten

58) L. 12. 18 pr. l. 20 §. 1 de annuis leg.; l. ult. §. 1 de contrahenda emt. vend. l. 13 §. 6 de act. emti vend.; l. 7 §. 2 de usufr.

59) Quo jure quaque conditione praedia sunt, l. ult. §. 1 de contrah. emt. — In l. 2. §. 1 de alimentis leg. iſt der Fiscus Univerſalſucceſſor, bona ex quibus alimenta debentur, bezeichnet die vacant gewordene Erbmaſſe.

60) L. ult. §. 1 de contrah. emt. l. 21 pr. de annuis leg.

61) Vergl. l. 18 pr. de annuis leg.

62) L. 9 de annuis leg., l. 21 de alimentis leg. (ob causam fideicommissi obligati fundi), l. 8 §. 15 de transact. (in alimenta obligatus).

63) S. namentlich l. 12 de alimentis leg.

ſich ausgebildet hatten, gewähren die Möglichkeit, dieß Bedürfniß zu befriedigen. Plinius d. J. [64]) erzählt, er habe die Abſicht gehabt, ſeiner Vaterſtadt eine Zuwendung zur Alimentation Freier zu machen. Da er nun gefürchtet habe, daß, wenn er Geld (Capital) oder Grundſtücke hergebe, ſein Zweck wegen ſchlechter Verwaltung der Schenkung nicht erreicht werden möchte, ſo habe er dem Actor das Municipiums ein Grundſtück mancipirt und gegen ein Vectigal von ſechs Procent der beabſichtigten Zuwendung ſich zurückgeben laſſen. Die Aehnlichkeit mit dem deutſchen Rentenkauf, wie er in ſeiner urſprünglichen Geſtalt als eine Nachbildung des durch Austhun gegen Zins hervorgebrachten Rechtsverhältniſſes erſcheint [65]), ſpringt in die Augen. Ob derartige Geſchäfte häufig vorkamen, wiſſen wir nicht [66]), Plinius gibt daſſelbe jedoch keineswegs für eine neue Erfindung aus. Sie ſcheinen aber nicht nur durch Geſchäfte unter Lebenden, ſondern auch durch letztwillige Verfügungen vorgenommen worden zu ſein und zwar in der Art, daß nicht das Grundſtück ſelbſt als Gegenſtand des Legats benannt wurde, ſondern, wie bei anderen Rentbeſtellungen, das darauf gelegte Vectigal [67]).

---

64) Epistolae VII. 18. ſ. o. N. 53.

65) Albrecht, a. a. O. S. 158 ff. S. 172 N. 409.

66) Da das Geſchäft kein beſonderes Rechtsgeſchäft, ſondern nur eine Combination zweier anderer iſt, ſo brauchte es in den Rechtsquellen nicht berückſichtigt zu werden. Die Uebertragung an das Municipium konnte auch gegen Entgeld erfolgen, indem das Municipium auf dieſe Weiſe ſein baares Geld ſicher anlegte. Hierbei iſt es rechtlich betrachtet reine Zufälligkeit, daß dem Verkäufer das Grundſtück als ager vectigalis verliehen wird.

67) Hierauf deuten die Worte der l. 13 §. 6 de actt. emtivend.: fundum pluribus municipiis legata debere. Die Emendation von Cujacius vectigalia für legata ſcheint mir ungerechtfertigt. Die Beziehung auf die griechiſche Ueberſetzung iſt ungenügend, denn da

Rechtlich gestaltet sich dadurch das Verhältniß so, daß der Erbe durch constitutum possessorium das Grundstück für den Legatar-Rentengläubiger erwarb. Auf diese Weise ist auch die Constituirung von Renten zu Gunsten Mehrerer [68]) leicht ausführbar. Die mehreren Rentengläubiger sind Miteigenthümer nach Verhältniß der Größe ihrer Vectigalia [69]). — In welcher Weise die Constituirung eines reditus semper vigens ac perpetuus, in welchen nach Justinian [70]) ein einer pia causa vermachtes annuum einzig verwandelt werden darf, rechtlich aufzufassen ist, geht aus der Constitution nicht deutlich hervor, doch scheint derselbe nur als eigentliche

---

die legata nichts Anderes sind als vectigalia, so konnte dafür τέλη gesetzt werden, ohne daß daraus geschlossen werden kann, daß vectigalia ursprünglich im Text gestanden habe.

68) Die Constituirung der mehreren Renten muß in Einem Act erfolgen; denn ist ein Vectigal constituirt, also das Eigenthum an den Rentgläubiger übertragen, so kann nicht noch eine zweite Rente bestellt, d. h. das Eigenthum nochmals übertragen werden. Die zweite Rentbestellung könnte sich nur als „Oblation" (d. h. Uebertragung mit Rückempfang gegen Vectigal) des Rechts am ager vectigalis betrachten lassen und hätte insofern Rechtswirkungen gegenüber dem Besteller und seinen Nachfolgern (auch den Singularsuccessoren), nicht aber gegenüber dem ersten Rentgläubiger (Eigenthümer), welcher das Grundstück wegen nicht ordnungsmäßig bezahlten Vectigals einzöge. In derselben Weise ist ursprünglich ein doppelter Rentenverkauf nach deutschem Recht unmöglich, und erst als der Rentenkauf die Natur des mit Realsicherheit versehenen zinsbaren Darlehens annahm, also der Rentgläubiger, wenn er das Grundstück einzog, die Hyperocha über die capitalisirte Rente herausgeben mußte, konnte das Grundstück wirksam belastet werden, soweit sein Werth das Rentcapital übersteigt.

69) Gegen eine Oblation durch constitutum possessorium konnte im römischen Recht nicht das Bedenken entstehen, welches in dem am Sinnlichen klebenden deutschen Recht der Wirksamkeit derselben entgegen stand.

70) L. 46 §. 9. C. de episcopis et clericis. (Daß diese Constitution nicht glossirt ist, bleibt für unsere Betrachtung ohne Interesse.)

Reallaſt aufgefaßt werden zu können, welche freilich den geſammten Reinertrag (nach Abzng der öffentlichen Laſten) erſchöpft[71]). —

Die der Reallaſt gegenüberſtehende Berechtigung kann nach deutſchem Recht entweder einer Perſon (phyſiſchen oder juriſtiſchen) oder dem Inhaber eines Amtes zuſtehen oder mit dem Eigenthum eines Grundſtücks verbunden ſein. Auch hierin kann eine principielle Eigenthümlichkeit des deutſchen Rechts nicht erkannt werden.

Als reallaſtberechtigt für ſeine Perſon finden wir in Rom hauptſächlich nur den Staat; aber abgeſehen von der ſpäteren Geſtalt des Rentenkaufs, deſſen Nichtvorkommen in Rom genügend erklärt iſt, ſteht auch in Deutſchland regelmäßig nur dem Staat oder demjenigen, welcher ſtaatliche Functionen ausübt, und zwar entweder im Namen des Staats oder aus eigenem Recht, und ferner der Kirche die Reallaſtberechtigung als perſönliche zu. Meiſt iſt ſie mit dem Eigenthum oder abgeleiteten Beſitze eines Grundſtücks verbunden. Das Verhältniß zwiſchen den beiden die Subjecte der Obligation beſtimmenden Grundſtücken iſt aber nur äußerlich dem Verhältniß der durch Servituten verbundenen Grundſtücke ähnlich, innerlich jedoch meiſt ein ganz verſchiedenes. Da, wo die Reallaſtpräſtationen Aequivalent für Ueberlaſſung von Grund und Boden ſind, werden dieſelben dem Eigenthümer der überlaſſenen Immobilien entrichtet. Sind dieſe Grundſtücke aber durch

71) Dadurch iſt thatſächlich die Veräußerungsmöglichkeit ausgeſchloſſen; rechtlich ſcheint dieſelbe jedoch vorhanden zu ſein, denn das alienari a nemine geht wol nur auf die Veräußerung des der pia causa zuſtehenden Rechts auf den reditus; die Worte: eum vero reditum pro legato constitui perpetuo ad id deputatum, ſcheinen mir aber die Annahme auszuſchließen, daß das Grundſtück für die novirte Forderung nur einfach hypothecirt ſei, ſo daß dem dritten Beſitzer die exceptio excussionis zuſtände.

Privatdispoſition oder durch Herkommen mit einem von dem Eigenthümer ſelbſt detinirten Grundſtück zu einem Gutscomplex verbunden, ſo wird durch das Eigenthum des letzteren Grundſtücks auch der Eigenthümer der ausgethanen Grundſtücke beſtimmt, der als ſolcher reallaſtberechtigt iſt. Die Reallaſtberechtigung iſt alſo nur mittelbar Pertinenz des Haupthofs, zunächſt iſt das ausgethane Grundſtück ſelbſt die Pertinenz und geht auf die Erwerber jenes über. Jede Dispoſition über eine ſolche Reallaſtberechtigung ſtellt ſich dar als Dispoſition (totale Veräußerung oder Verleihung) über das belaſtete Grundſtück und erfordert deßwegen dieſelben Rechtsgeſchäfte.

Ferner aber können Reallaſtberechtigungen, welche urſprünglich einer Perſon zuſtehen, ſich mit dem von dieſer Perſon beſeſſenen Gute in der Art verbinden, daß ſie auf den Erwerber deſſelben als ſolchen übergehen. So werden namentlich öffentliche Präſtationen oft als mit demjenigen Grundſtück verbunden angeſehen, welches die Perſon, welche dieſe Präſtationen für den Staat, reſp. König erhebt, zu eigenem Recht oder durch königliche Verleihung inne hat. So geht die Vogtei aus begreiflichen Gründen regelmäßig auf den Inhaber des Guts des Herrn, welcher dieſelbe urſprünglich erworben hatte, über, und damit das Recht auf die vogteilichen Präſtationen. Eine directe Beziehung der Reallaſt zu dem Grund und Boden, wie wir dieſe zwiſchen der Servitut und dem praedium dominans finden, exiſtirt demnach nur da, wo eine Reallaſt auf nachbarlichen Verhältniſſen beruht, ſonſt wird durch das Grundſtück, reſp. das Recht an demſelben nur die berechtigte Perſon beſtimmt.

In Rom findet ſich die erſte Verbindung der Berechtigung mit dem Recht an einem Grundſtück ebenfalls vor, der Eigenthümer iſt der Berechtigte und er kann das Eigenthum ver-

äußern [72]). Da die Pertinenzeigenſchaft der Grundſtücke den Römern unbekannt iſt, ſo kann auch die beſprochene ſcheinbare Verbindung des Zinsrechts mit einem anderen Grundſtück nicht vorkommen. Die Verbindung perſönlicher Reallaſtberechtigungen mit Grundſtücken iſt unbekannt, weil alle thatſächlichen Vorausſetzungen der Fälle, in welchen dieſelbe in Deutſchland vorkommt, fehlen. In Fällen jedoch, in welchen das Intereſſe des Grundſtücks ſelbſt die Beſtimmung der Berechtigung durch das Recht an demſelben erfordert, alſo in nachbarlichen Verhältniſſen, iſt dieſe Verbindung anerkannt und hierher gehören die oben (S. 392) unter No. 2, b. aufgezählten Fälle; in allen anderen Fällen wird die Befriedigung des Befürfniſſes durch Errichtung von Servituten möglich ſein [73]) und dieſe erſcheinen als die angemeſſene Rechtsbildung [74]).

72) Dieſe Veräußerung erſcheint thatſächlich ebenfalls als Veräußerung des Zinsrechts.

73) Vergl. z. B. l. 12 de annuis leg. Der Juriſt erklärt es nicht für unmöglich, daß überhaupt ein Rechtsverhältniß geſchaffen werde, wonach das eine Grundſtück aus dem andern Sand und Weiden für alle Zeiten erhalten kann — dieß iſt durch Servitutbeſtellung möglich — er ſagt nur, nach den Worten des Teſtaments ſei eine Servitut nicht errichtet (servitutem jure constitutam non videri), ſondern dem bei dem Tod vorhandenen concreten Eigenthümer (Legatar) ſeien annua legata.

74) Darin, daß derartige Rechtsverhältniſſe nicht als Reallaſten, ſondern nur als Servituten beſtellt werden können, liegt weder für den Eigenthümer des herrſchenden, noch für den des dienenden Grundſtücks eine Härte. Dem Bedürfniß des herrſchenden Grundſtücks iſt hinreichend Rechnung getragen, wenn der Eigenthümer ſich die zur Cultur ſeines Grundſtücks vortheilhaften Sachen unentgeldlich verſchaffen kann. Der Eigenthümer des dienenden Grundſtücks iſt aber dadurch nicht ſchlechter geſtellt, daß er jenem die Beſchränkung ſeines Grundſtücks und die Ausübung gewiſſer Handlungen geſtatten muß; denn, berückſichtigt man den Grundſatz des civiliter uti und den Umſtand, daß jede Condemnation auf das In-

Es iſt verſucht worden, auszuführen, daß in Betreff der Verknüpfung von Rechtsverhältniſſen mit Sachen eine principielle Verſchiedenheit zwiſchen römiſchem und deutſchem Recht nicht vorhanden iſt, und darzuthun, wie die allerdings in dem Rechtsleben beider Völker ſich vorfindende große thatſächliche Verſchiedenheit hinſichtlich der Ausbildung von Formen für derartige Verknüpfungen und der Häufigkeit ihrer Anwendung aus dem politiſchen und ſocialen Entwickelungsgange beider Völker ſich erklärt. Zum Schluß ſei es noch erlaubt, einen Beleg für die Richtigkeit dieſer Erklärung aus der ſpäteren deutſchen Rechtsentwickelung anzuführen. Von der Zeit an, wo einerſeits die Staatsgewalt in Deutſchland ſich befeſtigte, andererſeits ein reges Verkehrslebens ſich ausbildete, hört das Conſtituiren neuer Lehen und das Austhun von Grundſtücken zu bäuerlichem Beſitz, namentlich aber die Oblation, allmälig auf; Verminderung der Bevölkerung und des Wohlſtandes, wie z. B. in Folge des dreißigjährigen Kriegs, können zeitweiſe die Sitte des Austhuns an manchen Orten wieder hervorrufen, Kirchen, Stiftungen und Corporationen können dieſelbe aus den oben angeführten Gründen beibehalten — im Allgemeinen aber erſcheint das Austhun als eine äußerſt mangelhafte Vermögensverwerthung, und das Verleihen nach Lehnrecht wegen der Unbrauchbarkeit der Gegenleiſtung als völlig unpraktiſch. Die durch frühere Verleihungen begründeten Rechtsverhältniſſe beſtehen fort, aber wie ſchon vom Anfang an jedes abgeleitete Beſitzrecht die Tendenz der Befeſtigung ſeiner ſelbſt in ſich trug [75]) und dieſe Rechte ſowol in

---

tereſſe geht, ſo muß man dem Eigenthümer des dienenden Grundſtücks die Befugniß zuerkennen, durch Präſtation der Sachen ſeinerſeits die Vornahme der Servitutshandlungen auszuſchließen.

75) Die durch Oblation häufig vorgenommene Verwandlung des Eigenthums in abgeleiteten Beſitz und die abuſive Behandlung man-

dem Gebiete des Lehn- als des Hofrechts dem Umfang und der Dauer nach ſich dem Eigenthum möglichſt genähert hatten, ſo mußte jetzt, wo die urſprüngliche Natur des Verhältniſſes nicht mehr durch neue Verleihungen in ſtets friſcher Erinnerung gehalten wurde, die Anſicht über das gegenſeitige Verhältniß der Rechte des Eigenthümers und des Beſitzers ſich vollends umwandeln. Man ging nicht mehr von dem Recht des Eigenthümers aus, welches durch umfaſſende dingliche Rechte des Beliehenen beſchränkt ſei, ſondern vom Recht des Letzteren und faßte die noch beim Eigenthümer zurückgebliebenen Rechte als Beſchränkungen dieſes Rechts auf [76]). Nun fehlte es aber auch an einer inneren Rechtfertigung nicht des Rechts, auf welchem die Beſchränkungen beruhten, ſelbſt, denn dieſes mußte als wohlerworbenes geachtet werden, ſondern der ſpeciellen Modalität deſſelben. Die dem Beſitzer eines Grundſtücks obliegenden Präſtationen, die limitirte Dauer des Rechts, die Beſchränkung der Dispoſitionsfähigkeit vermindern den Werth des Grundſtücks in höherem Maße, als das Vermögen desjenigen, zu deſſen Gunſten dieſe Präſtationen oder Beſchränkungen gereichen, durch dieſelben vermehrt iſt [77]), und

---

ches mit vogteilichen Laſten beſchwerten Eigenthums als abgeleitetes Beſitzrecht können nicht hiergegen angeführt werden. Die irrthümliche Behandlung der bäuerlichen Verhältniſſe durch manche Juriſten, welche dieſelben auf rein obligatoriſche Verhältniſſe zurückzuführen ſuchten und mitunter ihre falſchen Anſichten durchſetzten, gehört eben ſo wenig hierher, als aus dieſem Fehler der Romaniſten dem römiſchen Recht ein Vorwurf gemacht werden kann.

76) Dieſelbe Auffaſſung mag in Rom bei dem ager vecligalis, der Superficies und Emphyteuſe (wo freilich die Rechte des Beſitzers wegen der größeren Freiheit der Dispoſition noch umfaſſender waren, als bei den meiſten in Deutſchland begründeten Leihverhältniſſen) ebenfalls gäng und gäbe geweſen ſein, ſo daß ſelbſt die Juriſten mitunter ſich von derſelben nicht ganz frei hielten.

77) Dieß ſpricht ſchon Plinius an der angeführten Stelle als

dieſer Minderwerth kann nicht etwa als durch das Feſtbegründetſein der Präſtationen ausgeglichen erſcheinen, denn gerade dieſer Umſtand ſtellt ſich innerhalb eines ausgebildeten Verkehrs als ein Nachtheil dar; ferner iſt ein ſicherer, frei verwendbarer Geldwerth einer Hoffnung vorzuziehen. Eine innere Nothwendigkeit war es mithin, daß aus der Umwandlung der politiſchen und ökonomiſchen Verhältniſſe in Deutſchland die Ueberzeugung, daß das Syſtem des freien Eigenthums das einzig zweckmäßige ſei, ſich bildete, befeſtigte und in Rechtsſätzen (Ablöſungsgeſetzen) ausſprach. Die Reception des römiſchen Rechts konnte hierbei nur dadurch unterſtützend wirken, daß durch dieſelbe einerſeits die Erkenntniß dieſes Syſtems erleichtert, andererſeits auch die eine thatſächliche Vorausſetzung dieſes Syſtems, der freie und ſichere obligatoriſche Verkehr gefördert worden war. Daß aber dieſe Ueberzeugung nicht lediglich aus dem römiſchen Recht entnommen wurde, ergibt ſich daraus, daß ſie ſich keineswegs auf die von den Römern in geringem Umfang anerkannten Realpräſtationen erſtreckt, ſondern auch die den Römern gäng und gäbe Belaſtung der Grundſtücke durch Servituten und andere dingliche Rechte (z. B. rein römiſche Emphyteuſis) umfaßt, ſobald bei dieſen daſſelbe Verhältniß, reſp. Mißverhältniß hinſichtlich des Werths derſelben für die beiden Grundſtücke eintritt [78]).

---

etwas Bekanntes aus. Obgleich er ſein Grundſtück nur mit einer Rente belaſtet hatte, deren Capitalwerth der zu ſchenkenden Summe entſprach, ſo ſagt er doch, er wiſſe wohl, daß er mehr aufgewendet, als er geſchenkt habe, da das Grundſtück durch das Moment, daß es überhaupt belaſtet ſei, an Werth verloren habe. (Der dafür zu erwartende Kaufpreis iſt geringer, als der Ueberſchuß des Werthes vor der Belaſtung über das Rentcapital.)

78) Jhering hat in Bd. II §. 33 durch Aufſtellung und Durchführung des Satzes, daß die Freiheit eine Eigenſchaft der Inſtitute und eine Schranke des ſubjectiven Willens ſei, einen gewaltigen

Schritt in der Erkennung der inneren Natur des Rechts vorwärts gethan. Es kann ihm aber nicht zugegeben werden, daß die Römer bei ihrer Rechtsbildung überall von dieſem Satze ausgegangen ſeien und ihn in ihren Rechtsinſtituten realiſirt hätten. Namentlich kann aus dem im Text angegebenen Grund nicht in ſeine Bewunderung des Inſtincts der Römer, welche (in Betreff der Belaſtung des Grunds und Bodens) die feine Gränzlinie entdeckt hätten, die hier das Rechte vom Verkehrten ſcheidet, eingeſtimmt werden. Wenn er ſagt: „Die einzige Art der Belaſtung des Grundeigenthums, die das ältere Recht kennt, ſind die Servituten; und ſie waren (nicht durch äußeres Gebot, ſondern durch meiſterhafte Erkennung ihres wahren Weſens, durch die treffende Formulirung des Begriffs ſelbſt) auf ein Maß zurückgeführt, in dem ſie nie eine dem Eigenthum gefährliche Richtung gewinnen konnten“ (S. 234) — ſo iſt dieß in Betreff der Ruſticalſervituten abſolut gerechtfertigt nur für die älteſten Weg- und Waſſerſervituten, nicht aber für diejenigen, durch welche die Befugniß begründet iſt, etwas aus dem dienenden Grundſtück zu nehmen, und dieſes ſeinem ganzen Umfang nach in der freien Cultur beſchränkt wird, wie dieß namentlich durch die Weideſervituten geſchieht. Dieſe können im einzelnen Fall, aber auch allgemein bei gewiſſen Culturarten innerlich gerechtfertigt ſein, bei Veränderung (Verbeſſerung) der Culturart (z. B. Uebergang der Dreifelderwirthſchaft in andere Syſteme, Einführung der Stallfütterung) erſcheinen ſie als nachtheilige Beſchränkung. Ganz daſſelbe gilt aber auch für die Reallaſten. Faſt alle ſind urſprünglich durch die Verhältniſſe gerechtfertigt und ein Recht, welches ſie nicht zugelaſſen, hätte mit dem Leben und ſeinen Bedürfniſſen in directem Widerſpruch geſtanden (bei einem Volksrecht eine reine Unmöglichkeit), erſt bei Veränderung der ökonomiſchen Verhältniſſe i. w. S. werden ſie drückend und nun iſt es Aufgabe des Rechts, Mittel zu ihrer Beſeitigung zu gewähren. Eine Formulirung kann alſo vom Anfang an gegen ſchädliche Einwirkung nicht ſichern, der Inhalt iſt es allein, der wichtig wird.

Dritter Abſchnitt.

Das Obligationenrecht.

Drittes Capitel.

Das Recht der Verträge.

§. 29.

Entſtehung und Rechtsgrund der Obligation.

Wenn man durch eine Vergleichung des römiſchen und germaniſchen Obligationenrechts ein haltbares Reſultat erzielen will, ſo muß man mehr als in einer andern Lehre vorſichtig zu Werk gehen. Eine Gegenüberſtellung des ausgebildeten römiſchen Obligationenrechts und des germaniſchen Rechts vor der Reception iſt wegen der verſchiedenen Phaſen der Ausbildung beider Rechte unthunlich. Dort ein Recht, welches durch den regſten in der Weltſtadt ſeinen Mittelpunkt findenden, durch keine Feſſel beſchränkten, nicht durch die vorherrſchende Wichtigkeit der Immobilie in ſeiner Bedeutung zurückgedrängten Verkehr ausgebildet, von den feinſten Köpfen mit beſonderer Liebe gepflegt und wiſſenſchaftlich durchgebildet iſt — hier ein Recht, welches dem durch Nichts geförderten, durch politiſche und ſociale Einrichtungen vielmehr gehemmten, wegen des Vorherrſchens der Immobilie nicht gewürdigten Verkehr in ſeiner Mangelhaftigkeit entſpricht und eine Pflege von keiner Seite erhalten hat. Aber ebenſo wenig darf man aus einer Vergleichung des ausgebildeten römiſchen Rechts mit unſerem modernen Recht eine principielle Verſchiedenheit abſtrahiren wollen. Das hieße nichts Anderes, als in dem hoch-

civiliſirten Muttervolk und in der Colonie, welche auf fremden Boden verpflanzt und wenig mit Eingeborenen vermiſcht, aber von manchen im alten Land einengenden Banden befreit, ſich weiter entwickelt und fortbildet, einen principiell verſchiedenen Charakter finden zu wollen. Vergleichen dürfen wir nur die Anfänge, aus welchen ſich das Obligationenrecht bei beiden Völkern entwickelt hat, und den Gang dieſer Entwickelung. Und auch hier ſtellt ſich wieder ſtatt der principiellen Verſchiedenheit eine Uebereinſtimmung in den Anfängen und in dem Gange der Entwickelung heraus, wie in den anderen behandelten Lehren.

Mit Recht behandelt der Verf. zunächſt und vorzüglich die vertragsmäßigen Obligationen, es ſoll daher auch hier mit der Betrachtung derſelben begonnen werden.

Das oberſte Princip eines ausgebildeten Vertragsrechts iſt die Realiſirung des vernünftigen obligatoriſchen Willens der Contrahenten als ſolchen, und je größer die Möglichkeit dieſer Realiſirung iſt, deſto ausgebildeter erſcheint das Recht. Es wäre nun aber eine lediglich äußerliche Auffaſſung dieſes Princips, wollte man daſſelbe in dem Satz dargeſtellt finden, daß jeder obligatoriſche Vertrag als ſolcher auch ohne beſtimmte Form des Abſchluſſes klagbar ſei. Dieſer rein negative Satz iſt nur eine der Conſequenzen des Princips, aber eine ſo unwichtige, daß die Nichtanerkennung deſſelben in einem poſitiven Recht das Princip ſelbſt nur äußerlich modificirt [1]). Die eigentliche Bedeu-

1) Es läßt ſich ſehr gut ein ausgebildetes Obligationenrecht denken, welches eine beſtimmte Vertragsform feſtſetzt, nicht aber ein ſolches, welches lediglich ſtricte Contracte anerkennt, reſp. die Anfechtung ſtricter Contracte aus inneren Gründen ausſchließt. Das preußiſche Landrecht und der Code civil ſtehen trotz der vielfach vorgeſchriebenen Vertragsformen auf einem bei weitem höheren Standpunct als das altgermaniſche Recht.

tung des Princips ist eine tiefere, sie liegt in der Berücksichtigung des Willens selbst im Gegensatz zu der Erklärung desselben.

Allerdings wird jedes Recht, da der Wille nur durch die Erklärung erkannt werden kann, bei Beurtheilung der Verträge zunächst von der den Vertragsabschluß bewirkenden Willenserklärung auszugehen haben, es darf dieselbe jedoch nicht als den obligatorischen Willen repräsentirend, sondern nur als Erkenntnißmittel desselben auffassen und hat also namentlich zu untersuchen, ob die Erklärung eine freie, nicht durch Zwang hervorgebrachte war. Der erkannte obligatorische Wille ist sodann seinem ganzen Umfang nach aufzufassen, und wo die totale oder partielle Wirksamkeit desselben mit der Existenz gewisser Thatsachen verknüpft ist, muß die Existenz derselben untersucht werden. Ferner ist zu untersuchen, ob der Wille vernünftig ist. Unvernünftig, weil logisch unmöglich, erscheint der Wille hinsichtlich seiner Entstehung, wenn derselbe nicht aus einer bestimmten nächsten Absicht hervorgegangen ist, hinsichtlich seines Fortbestehens, wenn und soweit ein dem Inhalt entgegengesetzter obligatorischer Wille existent geworden ist — Erlaß, Compensation [2]), Retention. Unvernünftig, weil unsittlich, ist der obligatorische Wille, wenn derselbe in Causalnexus mit einer unsittlichen oder widerrechtlichen Handlung steht, oder wenn seine Realisirung in einer unsittlichen

2) Wenn der obligatorische Wille des A und des B dahin gerichtet ist, daß A dem B 200 schulde und hierauf der obligatorische Wille derselben Personen darauf gerichtet wird, daß B dem A 100 ganz in derselben Weise schulde, so modificirt dieser letztere Wille den erstern mit Nothwendigkeit dahin, daß A dem B 100 schulde. Die Coexisteuz der entgegenstehenden auf das Schulden der 100 gerichtete Willen ist nur formell denkbar, materiell aber ebenso wenig, als der auf Schuld und der auf Erlaß der Schuld gehende Wille neben einander bestehen kann, ohne sich gegenseitig aufzuheben.

oder widerrechtlichen Handlung beſtehen würde, ferner dann, wenn derſelbe durch eine betrügeriſche Thätigkeit desjenigen der Contrahenten, zu deſſen Vortheil die Realiſirung gereichen ſoll, hervorgebracht iſt.

Um den obligatoriſchen Willen als ſolchen zu realiſiren, muß das ausgebildete Recht daher auch einen Rechtsgang geſchaffen haben, in welchem dem Richter die Beurtheilung aller dieſer Umſtände möglich gemacht wird [3]); aus der Nichtexiſtenz eines ſolchen kann mit Sicherheit auf die Nichtexiſtenz jenes Princips geſchloſſen werden, und was von der abſoluten Nichtexiſtenz gilt, muß auch von der relativen gelten.

Wenn uns heut zu Tage dieſe Auffaſſung der vertragsmäßig entſtandenen Obligation, weil wir dieſelbe im beſtehenden Recht vorfinden, als ſelbſtverſtändlich erſcheint, und wir eine Abweichung von derſelben nur als in einzelnen Fällen aus Utilitätsrückſichten geforderte Singularität betrachten, ſo iſt es doch ein Anachronismus, wenn man dieſe Auffaſſung auch einem Recht, welches auf den erſten Stufen ſeiner Entwickelung ſteht, zuſchreibt, oder nur bei Beurtheilung eines anfänglichen Rechts von dieſem Geſichtspunct ausgeht. Die Anerkennung des vernünftigen Willens als Rechtsgrund der Obligation gehört vielmehr zu den Errungenſchaften einer lang dauernden Rechtsentwickelung, nur allmälig und ſchrittweiſe wird ſie erkämpft. Das Recht, wo es zuerſt ſich gedrungen fühlt, eine vertragsmäßige Obligation anzuerkennen, realiſirt

3) Dieß iſt natürlich nicht ſo zu verſtehen, als ſolle der Richter ex officio das ganze Rechtsverhältniß zu unterſuchen verpflichtet ſein. Es kann vielmehr die Vorlage des Materials den Parteien ſelbſt um ſo mehr überlaſſen bleiben, als die richterliche Kenntniß jedes zur Beurtheilung des Rechtsverhältniſſes wichtigen Umſtands im Intereſſe der einen oder der andern Partei iſt, von dieſer alſo nicht leicht verſchwiegen werden wird.

die hinſichtlich der Form und des Objects beſtimmt qualificirte Willenserklärung in ſtricter Weiſe. Die Entwickelung des Vertragsrechts beſteht darin, daß allmälig der Wille ſelbſt der Erklärung ſubſtituirt wird, und in der Entfernung beengender Schranken.

Betrachten wir nun dieſe Anfänge und den Gang der Weiterbildung derſelben bei den Römern und bei den Germanen.

Das alte römiſche Recht erkennt zwei Verträge rechtlich an, jedoch nur als vollzogene. Beide gehören der Zeit an, als ſchon das Metall als das hauptſächlichſte Verkehrsmittel gebraucht wurde. Es iſt der Kauf und das Darlehn. Wurde in feierlicher Weiſe von der einen Seite eine Sache übertragen, von der anderen Geld zugewogen, ſo war damit das begriffsmäßig einzig mögliche Recht an Geld und das civilrechtlich einzig anerkannte Recht an der Sache übergegangen. Wurde das Geld jedoch feierlich zugewogen nicht gegen Empfang einer Sache, ſondern um in beſtimmter Zeit eben ſo viel zurückgewogen zu erhalten, ſo war das Recht an dem Geld übergegangen und zugleich die Verpflichtung des Empfangs zur Rückgabe begründet. Dieſe Formen befriedigten die hauptſächlichen Befürfniſſe des Verkehrs. Uebertragungen von Sachen zum Gebrauch und zur Aufbewahrung mögen zwar ebenfalls ſchon früh vorgekommen ſein, aber eine rechtliche Anerkennung des dadurch entſtandenen Verhältniſſes iſt kein ſo mächtiges Bedürfniß, da die Hauptſeite deſſelben durch die Eigenthumsklage realiſirt werden kann. Mit dem Aufkommen des geprägten Geldes verlor das Zuwägen des Metalls ſeine Bedeutung, der conſervative Sinn der Römer ließ aber nun nicht etwa die Zuzählung an die Stelle des Zuwägens in dem feierlichen Act treten, ſondern er behielt das letztere als ſymboliſche Form bei. Dadurch war nun aber auch

die Möglichkeit gegeben, die beiden Rechtsgeſchäfte zu andern Zwecken zu benützen. Die Mancipation wurde zur abſtracten Eigenthumsübertragung verwandt, es war aber auch möglich geworden, durch eine bei dem Act ausgeſprochene Ler zwar nicht das an der Sache oder in Betreff derſelben begründete Recht zu modificiren (denn dieſes konnte nur das dominium ex jure Quiritium ſein), doch aber den Empfänger mit Bezugnahme auf das übertragene Recht, reſp. das Object deſſelben zu obligiren — der That nach alſo ein widerrufliches Eigenthum zu beſtellen, und ſo konnte nun das Leihen und Anvertrauen von Sachen in einem Rechtsgeſchäft vorgenommen werden. In derſelben Weiſe wurde das Nerum fähig, auch einen anderen Inhalt aufzunehmen, als das Verſprechen der Rückgabe des in dem Act oder zur Zeit deſſelben erhaltenen Geldes. Contrahirte man ein Darlehn unter Neralform, ſo ging die numeratio jetzt neben dem Rechtsact her. Darum erſchien die in demſelben ausgeſprochene Ler jetzt als das eigentliche die Obligation begründende Moment, und ihr Inhalt war mithin nicht mehr auf Rückgabe beſchränkt, da ja in dem Act ſelbſt nichts mehr gegeben wurde [4]).

Neben dieſen Vertragsformen findet ſich noch die sponsio vor, in welcher ich jedoch keineswegs erſt eine ſpätere Form erkennen möchte, ſondern die Form der gerichtlichen Eingehung eines Vertrags im Gegenſatz zu der außergerichtlichen Neralform, ebenſo wie der Mancipation die in jure cessio entgegentritt [5]). Deßwegen auch das religiöſe Moment in

4) Es bleibt völlig daſſelbe, wenn man die ſpätere Neralobligation als fingirtes Darlehn auffaßt. Dieſe Auffaſſung läßt ſich mit der aus dem allgemeinen Valutenbekenntniß „Werth erhalten" abſtrahirten Auffaſſung des Wechſels als Darlehnscaution vergleichen.

5) Ich will hiermit keineswegs einen abſichtlichen Dualismus der Rechtsbildung urgiren, ſondern möchte den Urſprung der Stipulation

der sponsio, deßwegen aber auch die rechtliche Wirksamkeit der einfachen Worte.

So hatte das alte Civilrecht genügende Formen zur Eingehung von Obligationen, resp. zur Erhebung von Verpflichtungen in das Gebiet der rechtlichen Realisirbarkeit. Die Realisirung selbst war eine einfache. Es bedurfte lediglich des Beweises des Abschlusses des Rechtsgeschäfts, die Wirkung desselben, das Verpflichtetsein zur Zahlung einer Geldsumme war von selbst gegeben, das Urtheil unserer heutigen Auffassung nach gleichsam schon im Voraus gesprochen. Einreden irgend welcher Art fanden keinen Platz, selbst die einfache außergerichtliche Realisirung der Obligation bildet nicht den Inhalt einer solchen, der Beklagte konnte sich nur durch den Nachweis der feierlichen Aufhebung der Obligation durch in contrarium agere vertheidigen.

Neben diesen Rechtsgeschäften her gingen die Geschäfte des Lebens, als deren Solennisirung die Rechtsgeschäfte erscheinen und die an sich rechtlich indifferent waren. Das sich ausbildende Recht ward aber genöthigt, auch diese in seinen Bereich hereinzuziehen. Es geschah dieß in verschiedener Weise. Der Mancipation liegt der Gedanke zu Grund, daß es angemessen sei, daß, wenn eine Leistung für eine andere Leistung gemacht sei, diese letztere vollbracht werde, das Nexum aber beruhte auf dem Satz, daß das in der Absicht, es wieder zurückzuerhalten, Geleistete, wieder zurückgeleistet

in dem von dem Richter der Partei aufgegebenen Versprechen judicio sisti, judicatum solvi finden. Bei diesem war die Nexalform ebensowol wegen der Evidenz, daß die für den Nichterscheinungsfall ausgesprochene poena, daß das Judicat die Natur eines Darlehns nicht hat, als auch wegen des Mangels der Freiwilligkeit der Verpflichtung nicht anwendbar. Erst später mag man die Form auch auf andere der Sicherheit wegen gerichtlich vorgenommene und endlich auch auf außergerichtliche Versprechen angewandt haben.

werden müſſe, und beide Rechtsgeſchäfte beſtehen nur in einem Concretmachen dieſer allgemeinen Sätze und in einer Beſchränkung auf das Entgegen- und Zurück-Geben. Das ſpätere Recht faßt dieſe Sätze aber unbeſchränkt und abſtract auf, indem es ſie, auch ohne daß ſie feierlich concret gemacht ſind, und ohne eine Beſchränkung auf ein Geben anerkennt.

Dieſe Anerkennung erfolgte nicht auf einmal und unbedingt. Am Leichteſten und darum wol am Frühſten mag ſie in Betreff des Darlehns ſtattgefunden haben. Die rechtlich anerkannte Form des Eigenthumsübergangs des Geldes war die Zuwägung des ungeprägten Metalls, die Zuzählung des gemünzten. Wer daher Geld mit der Auflage eben ſoviel zurückzuerhalten zuwägt oder zuzählt, erwirbt eine rechtlich anerkannte Obligation auf ein dare. Es fehlt hier nichts als die Solennität des Civilacts, deßwegen genügt auch zur Realiſirung nicht der Beweis der numeratio mit der Auflage und der Annahme, ſondern der Richter muß noch durch die condemnatio die Solennität ergänzen. Nach dieſer Ergänzung iſt die Obligation der Neralobligation gleich [6]). Die condemnatio ſelbſt iſt aber nur reine Form, deren Inhalt aus dem Rechtsgeſchäft ſelbſt genommen iſt ohne ein hinzukommendes neues Moment. Das Geſchäft gehört daher ganz dem ſtricten Recht an, und eine Vertheidigung des Beklagten iſt nur durch den Nachweis der geleiſteten Rückzahlung möglich.

War eine Uebereinkunft dahin abgeſchloſſen worden, daß von jeder Seite etwas geleiſtet werden ſollte, ſo ignorirte das Recht zwar dieſe Uebereinkunft an ſich völlig. War jedoch in Folge derſelben von der einen Seite Eigenthum übertragen,

---

6) Der Satz, daß der nexus dem condemnatus gleich ſtehe, gehört der ſpäteren Auffaſſung an, urſprünglich mußte es umgekehrt lauten: der judicatus ſteht dem nexus gleich.

ſo erſchien dieſe Uebertragung als eine qualificirte in der Art, daß, da die Uebertragung lediglich aus der Abſicht, die Gegenleiſtung zu erhalten, hervorgegangen war, der Effect derſelben auch von der Erfüllung dieſer Abſicht abhängig erſchien. Nicht zwar in der Weiſe, daß die Uebertragung ſelbſt vor der Gegenleiſtung als wirkungslos betrachtet wurde, denn der Wille ging ja auf Eigenthumsübertragung, aber ſo, daß die Dauer des Eigenthums als durch die Gegenleiſtung bedingt aufgefaßt wurde. Erfolgte daher die Gegenleiſtung nicht, ſo gab das Civilrecht dem Uebertragenden die condictio in derſelben Weiſe, wie es dieſelbe dem Darleiher gegeben hatte. Strict war dieſe Klage ebenfalls, vertheidigen konnte ſich der Beklagte nur durch die Einrede des Erfülltſeins der die Uebertragung begleitenden Abſicht.

So weit konnte das Civilrecht gehen, ohne weſentlich neue Grundſätze aufzunehmen, aber dem ſich ſtärker entwickelnden Verkehr war damit noch nicht Genüge geſchehen. Man pflegte Sachen Anderen zum Gebrauch zu überlaſſen, ihnen zur Aufbewahrung anzuvertrauen, zur Sicherung der thatſächlichen Realiſirung einer Forderung zu übertragen, ohne denſelben Eigenthum einzuräumen, ſei es, daß man als Nichteigenthümer dieß nicht vermochte, ſei es, daß man ſich der Sache rechtlich nicht entäußern und ſomit die Vindication aufgeben wollte, ſei es, daß das Rechtsgeſchäft überhaupt als zu läſtig erſchien. So lange dieß Uebertragen nicht rechtlich anerkannt war, hatte der übertragen habende Nichteigenthümer keine Klage auf Wiedererlangung, und wenn auch dieß, weil meiſtens der Eigenthümer die Uebertragung vornehmen mochte, nicht beſonders läſtig war, ſo genügte doch auch die Vindication keineswegs den Bedürfniſſen des Verkehrs. Der Empfänger konnte der Vindication gegenüber die Befugniſſe, welche ihm der Vindicant bei der Uebertragung eingeräumt

hatte, nicht geltend machen, der Commodatar konnte ſich nicht darauf berufen, daß die Zeit, für welche ihm die Sache überlaſſen war, noch nicht verfloſſen, der Pfandgläubiger, daß die principale Forderung nicht getilgt ſei, beide ſowol als der Depoſitar konnten nicht den Erſatz ihrer nothwendigen Verwendungen auf die Sache verlangen; aber auch der Commodant, Deponent, Pfandſchuldner konnten ihr Intereſſe wegen ordnungswidrigen Gebrauchs, wegen Beſchädigung nicht geltendmachen u. ſ. w. u. ſ. w.

Wollte aber das Recht dieſe Uebereinkünfte anerkennen, ſo konnte dieß der Natur der Sache nach nicht durch Einräumung der civilen Condictio geſchehen und mit der Gewährung einer neu gebildeten ſtricten Klage auf Rückgabe war ebenſo wenig genügend geholfen. Das Verhältniß konnte überhaupt nicht nur nach Einer Richtung hin und mit Einer rechtlichen Wirkung, ſondern es mußte in ſeiner Totalität aufgefaßt und anerkannt werden. Damit war aber eine Abweichung vom Princip des ſtricten Rechts mit Nothwendigkeit gegeben. Dieſe Abweichung erfolgte und erfolgte mit Bewußtſein. Man ſchuf ein neues Verfahren, in welchem es möglich war, alle diejenigen Anſprüche, welche, der ſittlichen Auffaſſung nach, aus der die Ueberlaſſung von Sachen begleitenden Uebereinkunft und ſpäteren Ereigniſſen in Betreff der Sachen entſprangen, zur rechtlichen Anerkennung zu bringen. Der Arbiter ließ ſich das geſammte Material von den Parteien vorlegen, unterſuchte, erwog, ſtellte feſt, verſuchte die Parteien zu veranlaſſen, ihre Verpflichtungen gemäß der allgemeinen ſittlichen Anſchauung zu erfüllen — erreichte er dieß nicht, ſo faßte er die Anſprüche in Einen Anſpruch auf Geldeswerth zuſammen und gab durch die Condemnation demſelben die civile ſolenne Form, durch welche er zur civilen ſtricten Obligation wurde. —

Einfachen Verhältniſſen genügt die rechtliche Anerkennung des vollzogenen Kaufs, wie ſie heut zu Tage im kleinen Marktverkehr, im größeren Verkehr bei einzelnen Geſchäftszweigen und in dem Handel mit uncivilisirten Völkern genügen würde. Sobald aber der Verkehr ein regerer wird, ein eigentlicher Handelsverkehr ſich ausbildet, wird die rechtliche Anerkennung der nichterfüllten Kaufsübereinkunft nothwendig. Ich möchte dabei weniger Gewicht auf die Nothwendigkeit der Creditirung des Kaufpreiſes legen, denn hier kann ſo leicht durch ein ſtrenges Rechtsgeſchäft geholfen werden, wie ja auch heut zu Tage durch das Begeben von Wechſeln die Forderung auf den Kaufpreis aus dem Gebiet des Kaufs heraus und in ein anderes herübergezogen wird. Größeres Gewicht lege ich auf das Intereſſe des Käufers, die verſprochene Waare zu erhalten und des Verkäufers, die Empfangnahme derſelben geſichert zu wiſſen. Ohne dieſe Sicherung iſt jede Verkehrsthätigkeit, welche man als Speculation im weiteſten Sinn bezeichnen kann, unmöglich. Das ſich Bedingen von Waare und Preis, genauer von Lieferung der Waare und Zahlung des Preiſes, das Bedürfniß, unter Umſtänden einen höheren Anſpruch geltend machen zu können, als den auf den Werth der Waare, laſſen aber die Solenniſirung der abgeſchloſſenen Kaufsübereinkunft durch zwei Civilobligationen auf ein gegenſeitiges dare unzweckmäßig erſcheinen. — Bei der Miethe liegt die Hinausſchiebung der Erfüllung von beiden Seiten im Begriff des Geſchäfts. Das gegenſeitige Bedingtſein der Leiſtungen der Contrahenten tritt aber hier faſt noch prägnanter hervor, als beim Kauf, die Möglichkeit der ſtricten Faſſung der beiderſeitigen Obligationen iſt noch weniger möglich. Daſſelbe gilt wegen der Unmöglichkeit, das Object der aus dieſen Uebereinkünften entſtehenden Obligationen im Voraus zu kennen und zu beſtimmen, für das Mandat und die Socie-

tät. — Mußten und ſollten nun dieſe Geſchäfte des Lebens als Rechtsgeſchäfte anerkannt werden, ſo blieb kein anderer Weg übrig, als der, die Cognition über dieſelben ebenfalls dem Arbiter zuzuweiſen und durch deſſen Ausſpruch eine ſtrenge Obligation entſtehen zu laſſen.

Die von den Römern gewählte Behandlungsart der bonae fidei negotia machte die hohe Ausbildung ihres Vertragsrechts möglich; es war ein Weg gefunden, auf welchem die in der ſittlichen Auffaſſung vorhandenen Sätze in das Recht hinübergeführt werden konnten. Der Arbiter faßte das ihm zur Beurtheilung vorliegende Geſchäft in ſeiner Totalität und in ſeiner Individualität auf. Regeln, nach welchen er zu erkennen hatte, gab es nicht, ſein Ermeſſen entſchied. Dieſes aber, obwol ein ſubjectives, ſtand mit der ſittlichen Volksanſchauung nicht außer Bezug, ſondern dieſe zeigte ſich gerade in dem individuellen Ermeſſen, und ſo erſcheint jedes Arbitrium als eine Manifeſtation der ſittlichen Volksanſchauung in einem concreten Fall. Es konnte nun nicht fehlen, daß ſich allmälig eine Formulirung ſolcher Sittenſätze bildete, welche der Entſcheidung des Arbiter häufig zu Grund gelegt werden mußten. Die Wiſſenſchaft bemächtigte ſich derſelben, gruppirte ſie und ſo bilden ſich die einzelnen Rechtsinſtitute aus. Manche der ſo formulirten Sätze bezogen ſich aber nicht nur auf ein einzelnes Rechtsinſtitut, ſondern konnten bei jedem Streit über ein Rechtsgeſchäft zur Berückſichtigung gelangen, und je mehr man ſich daran gewöhnte, die Sitte im Recht anerkannt zu finden, deſto auffälliger und verletzender mußte die Nichtberückſichtigung dieſer Sätze bei den stricti juris negotia erſcheinen. Der Prätor fühlte ſich daher auch veranlaßt, denſelben eine allgemeine rechtliche Anerkennung zu verſchaffen. In dem Formularproceß war die Möglichkeit dazu gegeben. Die abſtracte und abſolute Condemnation wurde

durch Zusätze, welche auf derartige Sätze basirte Ausnahmen enthielten, beschränkt.

Damit war aber eine wesentliche Veränderung des gesammten Vertragsrechts hervorgebracht. An der Spitze der durch die Arbitria ausgebildeten Sätze steht der Satz, daß der rechtliche Wille der Parteien das eigentliche obligationerzeugende Moment bildet. Innerhalb des Wirkungskreises des Arbiter mußte daher auch dieser Satz zur Anerkennung der Perfection der Verträge durch die Willenserklärung der Partei führen. Bei den drei Realverträgen war dieß der Natur der Sache nach nicht möglich [7]), bei den vier anderen wird der Satz schon früh als Rechtssatz formulirt. In das strenge Recht konnte er nicht unbedingt übergehen, da er ja die Wesenheit der Formalverträge direct zerstört hätte, er wurde aber in Betreff solcher Obligationen, welche der Geltendmachung selbst von stricten Formalobligationen entgegenstanden, anerkannt. Außer in denjenigen Fällen, welche schon früh dem Arbiter zugewiesen wurden, konnte mithin ein klagbarer Vertrag nur durch einen Formalact und zwar, nachdem das Nexum verschwunden war [8]), durch Stipulation entstehen, und selbst die Einführung der praescriptis verbis actio veränderte diesen Grundsatz nicht, da dieselbe ja keineswegs aus dem ursprünglichen nudum pactum hervorging, sondern, mochte sie auf Rückleistung [9]) oder auf Gegenleistung gehen,

7) Wenigstens gilt dieß für die Hauptwirkung, welche auf ein Zurückleisten geht. Die Obligirung des Commodanten und Pfandschuldners zur Belassung der Sache, des Depositars zur Aufbewahrung beruht auf der einfachen Willenserklärung. S. u.

8) Die literarum obligatio lasse ich aus begreiflichen Gründen ganz außer Betrachtung.

9) Sicherlich die früheste Anwendung der Klage nach Analogie der a. commodati, depositi, pigneratitia in Fällen, wo die condictio nicht möglich war, weil nicht Eigenthum übertragen war, z. B. in den Fällen der l. 17. §. 2. 3. l. 20. 23 de praescriptis verbis.

aus der Leiſtung, genauer aus der Entgegennahme der Leiſtung [10]) entſprang.

Aber dieſe Nothwendigkeit des Gebrauchs der Stipulation beengte nicht mehr, denn der Formalismus war jetzt lediglich ein äußerlicher geworden, während der urſprünglich dem Formalvertrag inwohnende innere Formalismus eben durch die aus den bonae fidei judiciis herübergenommenen Sätze gebrochen war. Die Stipulation war zwar allerdings an ſich noch ein formales abſolutes Verſprechen, der äußere Grund, welcher zur Promittirung geführt hatte und ſomit Zweck derſelben war, konnte aber nicht nur durch Aufnahme in die Stipulationsworte unter der Form einer hinzugefügten Bedingung rechtliche Berückſichtigung finden, ſondern es war ſogar auch ohne dieſe möglich, durch eine auf das Nichtvorhandenſein oder Nichterreichtſein des Zwecks geſtützte exceptio doli die Stipulation unwirkſam zu machen. Das Object der Stipulation brauchte nicht mehr eine feſte Summe zu ſein, ſondern konnte in anderer Weiſe ausgeſprochen werden, und durch eine hinzugefügte Clauſel war es ſogar möglich, alle bei den Arbitria zur Frage kommenden rechtlichen Momente in die rechtliche Beurtheilung des Vertrags herein zu ziehen. So war der That nach die Möglichkeit gegeben, jeden beliebigen Vertrag mit der der vernünftigen Abſicht der Parteien gemäßen rechtlichen Wirkſamkeit abzuſchließen, und da man bei Abſchließung der Stipulation nicht in kleinlicher Weiſe an beſtimmten Worten feſthielt, ſondern die Solennität lediglich in einer gewiſſen Art der Wortfaſſung beſtand [11]), welche in

10) Siehe unten.

11) Selbſt die Unannehmlichkeit, die einzelnen Vertragspuncte in Frag und Antwort zu faſſen, verſchwand dadurch, daß man die Stipulation nur als Schlußclauſel dem einfach geſchloſſenen Vertrag hinzufügte.

ihrer Einfachheit ſo recht geeignet war, die Abſicht der Parteien, ein Rechtsgeſchäft abzuſchließen, hervortreten zu laſſen [12]), ſo erſchien nun der rechtliche Wille der Partei als das eigentliche obligationerzeugende Moment. —

Im germaniſchen Recht tritt das formelle Moment von Anfang allein hervor. Das abſtracte Verſprechen einer Summe oder einer Sache begründet allein die Obligation. Ein Anſchluß an ein materielles Geſchäft wie im römiſchen Recht findet ſich nicht, und zwar weil dasjenige Geſchäft, an welches dieſer Anſchluß am Leichteſten möglich iſt und dort auch Statt fand, das Geldbarlehn, aus begreiflichen Gründen nicht häufig vorkam. Die einzelnen obligatoriſchen Geſchäfte werden nicht intereſſant als obligatoriſche auf Erfüllung gerichtete, ſondern als aus dem Gebiet des obligatoriſchen Rechts herausgetretene, als erfüllte. Dieß gilt namentlich vom Kauf, deſſen Abſchluß als rechtlich irrelevante Vorbereitung des Eigenthumsübergangs erſcheint, während er vollzogen nur als den Eigenthumsübergang qualificirend von Bedeutung iſt; dieſem ſchließt ſich der Tauſch an. Eine Obligation erzeugte das Verſprechen, das Gelöbniß, und dieß wurde einfach geleiſtet ohne Hinzufügung einer causa, oder dieſe, wenn hinzugefügt, war doch rechtlich irrelevant. Es hatte ganz die innere Natur der römiſchen Stipulation. Die Klage aus demſelben ging auf Erfüllung, und die Verurtheilung erfolgte dem beſtimmten Klaggeſuch gemäß. Formeller Abſchluß der Verträge, d. i. formelles Leiſten der abſtracten Verſprechen war üblich. Daß kein allgemeiner Rechtsſatz über die Nothwendigkeit deſſelben formulirt wurde, daran iſt die ſchon ſo oft urgirte vereinzelte Rechtsbildung Schuld. In den einzelnen Rechtskreiſen bildeten ſich verſchiedene Solennitäten aus und

12) Dieß zeigt ſich in dem Gebrauch der Stipulation bei Conſenſualverträgen.

unter dieſen finden wir ſogar, wie ausdrücklich berichtet wird, die Faſſung des Verſprechens in Frage und Antwort.

Unbedenklich kann als älteſte Art der Vornahme eines Gelöbniſſes das Geloben vor Gericht angeſehen werden, und zwar mag daſſelbe ſeinen Ausgang von dem Geloben einer Sühne für ein begangenes Verbrechen genommen haben. Dieß wird in hohem Grade wahrſcheinlich, wenn man bedenkt, wie in Zeiten eines unentwickelten Verkehrs Verſprechungen mit hinausgerückter Erfüllung in anderen Fällen ſelten oder gar nicht vorgekommen ſein mögen, in Compoſitionsfällen hingegen die augenblickliche Befriedigung des Gläubigers meiſtens unmöglich geweſen ſein, dieſer aber nur, wenn ihm die Realiſirung ſeiner Forderung geſichert war, ſich zur Beilegung des Streites verſtanden haben mag. Dieſem Verſprechen ſchließt ſich das in Betreff des Beſtandes eines gerichtlich vollzogenen Geſchäfts, namentlich einer Eigenthumsübertragung an, das Verſprechen der Evictionsleiſtung reſp. einer poena bei Anfechtung des Geſchäfts durch die Parteien oder einen Dritten. Endlich iſt auch die Möglichkeit gegeben, andere Verſprechungen vor Gericht vorzunehmen und zwar entweder primär oder in der Form der Anerkennung ſowol durch die Contrahenten ſelbſt, als durch andere als Bürgen ſich verpflichtende Perſonen.

In dem Sachſenrecht erhielt ſich dieſe älteſte Art der Gelobung inſofern als ausſchließliche, als nur ſie als unbedingt wirkſam galt; in anderen Rechtskreiſen wurde ein Abſchluß vor rogirten Zeugen (meiſt war, namentlich in Städten, eine beſondere Qualification derſelben erforderlich) als unbedingt wirkſam anerkannt. Die unbedingte Wirkſamkeit beſtand darin, daß, wenn der Gläubiger durch das Gericht oder die rogirten Zeugen (wo Urkunden anerkannt waren, durch die Unterſchrift der Zeugen) den Abſchluß des Geſchäfts und den Inhalt deſ-

ſelben beweiſen konnte, das Erkenntniß in Gemäßheit dieſes Inhalts erfolgen mußte, und Einreden des Schuldners, welche ſich nicht aus dieſem Inhalt ergaben, mit Ausnahme der exceptio solutionis nicht dagegen vorgebracht werden konnten; nicht aber bildete die Anführung reſp. der Nachweis des qualificirten Abſchluſſes einen Theil des Klaggrundes. Der Mangel dieſes qualificirten Abſchluſſes brachte nur eine proceſſualiſche Verſchiedenheit hervor, welche aber von dem bedeutendſten materiellen Einfluß war. War das Gelöbniß nicht in der anerkannten qualificirten Form geleiſtet, ſo hatte der Beklagte das Recht, der Klage durch den Reinigungseid zu entgehen.

Man faßt den Reinigungseid falſch auf, wenn man in ihm nur eine Abläugnung der Thatſachen, auf welche der Kläger ſeine Klage ſtützt, erkennt. Allerdings kann er dieſe Abläugnung oder lediglich dieſelbe enthalten, er hat aber auch die Fähigkeit, andere Momente in ſich aufzunehmen. Das Gericht hatte urſprünglich die Function, einen evidenten Anſpruch zu realiſiren, nicht aber die Exiſtenz des Anſpruchs ſelbſt zu unterſuchen. Wie heut zu Tage bei unſeren ſtrengen Proceßarten war daher ein künſtlicher Beweis oder ein ſolcher, durch welchen die Evidenz nicht unbedingt und formell erbracht werden konnte, namentlich alſo auch Beweis durch einfache (nicht rogirte) Wiſſenszeugen ausgeſchloſſen. Evident war der Anſpruch, wenn das Gericht ſelbſt das mit Bezugnahme auf die Möglichkeit ſpäterer rechtlicher Realiſirung abgegebene feierliche Schuldbekenntniß kannte, oder wenn zur Leiſtung eines ſolchen rogirte Zeugen dieſelbe bekräftigten; evident war die Schuld aus einer unrechtmäßigen Handlung, die vor Gericht begangen oder durch das Gerüfte in das Gericht

gezogen wurde [13]), und das Gericht konnte deßwegen ohne weitere Unterſuchung ſeinen Spruch fällen. Wurde nun aber die Evidenz der Schuld in dieſem Sinn von dem Kläger nicht behauptet, ſo wurde derſelbe nicht ohne Weiteres abgewieſen, ſondern es wurde ihm die Möglichkeit gewährt, die Schuld dadurch evident zu machen, daß der Beklagte zu einer Erklärung über die Exiſtenz derſelben veranlaßt wurde. Bekannte dieſer die Schuld, ſo war die Evidenz hergeſtellt und die Verurtheilung konnte erfolgen; bekannte der Beklagte nicht, ſo war er aber damit noch nicht von der Klage entbunden, ſondern das Gericht verlangte von ihm eine ausdrückliche der des Klägers entgegenſtehende Erklärung und durch den Eid, mit welchem dieſelbe bekräftigt ſein mußte, eine Garantie für deren Wahrhaftigkeit. Da nun aber die Klage auf das Schuldigſein ging [14]) und die Erklärung des Beklagten in einem Bekennen oder Verſagen zu beſtehen hatte, ſo war der Inhalt des beklagtiſchen Eides auch lediglich das Nichtſchuldigſein. Konnte und wollte der Beklagte ſich einfach durch Abläugnung der obligationerzeugenden Thatſache vertheidigen, ſo umfaßte der Eid auch eben nur dieſe Abläugnung. Es konnte aber auch vorkommen, daß der Beklagte gar nicht im Stande war, die Thatſache, aus welcher der Kläger ſeinen Anſpruch ableitete, in Abrede zu ſtellen, daß er aber aus anderen Urſachen die Entſtehung oder Forteriſtenz der Obligation läugnen wollte. Dieſe Urſachen konnte er nicht als beſondere Vertheidigungsmomente vorbringen, da er dieſelben regelmäßig

13) Die Evidenz durch den Beſitz einer Sache wird unten beſprochen.

14) Der Kläger gab anfänglich gar nicht die Thatſachen, auf welche er ſeinen Anſpruch gründete, an und ſogar benannte er erſt auf Antrag des Beklagten die Kategorie der Schuld (ſ. z. B. Sachſenſp. III. 41 §. 4. Richtſteig Landrechts 6).

nicht ſtrict beweiſen konnte, er konnte ſich aber durch dieſelben für berechtigt halten, ſeine Nichtſchuld anzunehmen und demgemäß den Reinigungseid zu leiſten. Aeußerlich trat dieſe Verſchiedenheit der Vertheidigung nicht hervor; wer ſich mit Bezug auf die Nichtexiſtenz der obligationerzeugenden Thatſache losſchwor, leiſtete denſelben Eid, wie derjeneige, welcher ſich auf die Nichtentſtehung der Obligation oder die nachherige Aufhebung derſelben innerlich bezog — alle ſchworen „nicht ſchuldig zu ſein.“ Gerade aber in der Möglichkeit, die beiden letzteren Vertheidigungsmomente in ſich aufzunehmen, liegt die Bedeutung des Reinigungseids und dadurch rechtfertigt ſich das Gewicht, welches man auf Erhaltung deſſelben legte. Faßt man den Reinigungseid lediglich als gegen die Exiſtenz einer beſtimmten Thatſache gerichtet auf, ſo erſcheint er in ſeiner Ausſchließung jedes Gegenbeweiſes als gänzlich verwerflich und die Worte des Sachſenſpiegels, welche die Beibehaltung deſſelben gegen Karl's des Großen Willen berichten, enthalten eine grobe Unſittlichkeit, denn wenn die Sachſen das Recht haben ſollten, eine Thatſache, „wie wiſſentlich ſie ſei,“ abzuſchwören', ſo beſtand ihr Palladium in dem Recht — einen Meineid zu ſchwören.

Auf dieſe Weiſe war die materielle Entſcheidung über eine Obligation lediglich in das Ermeſſen des Beklagten geſtellt. Garantien dafür, daß er ſich bei der Entſcheidung nicht von ſeinem Vortheil, ſondern von ſeiner Rechtsüberzeugung leiten laſſe, gewährte ſein Eid, und da die Rechtsüberzeugung des Einzelnen, namentlich in unentwickelteren Zuſtänden nie als individuell beſonders auftritt, ſondern mit der allgemeinen übereinſtimmt, ſo kann man den aus einem nicht qualificirten Gelöbniß Beklagten als den Arbiter über die eingeklagte Forderung bezeichnen [15]). Da derſelbe aber niemandem

15) Aehnlicher ſind dem Arbiter noch, weil von der Partei per-

verantwortlich und durch äußere Vorschriften nicht gebunden sein konnte, so lag auch kein Bedürfniß vor, allgemeine Sätze über diejenigen bei Obligationen zur Frage kommenden Puncte zu formuliren, welche gewöhnlich in dem Reinigungseid Berücksichtigung fanden, und daher erklärt sich meines Erachtens die Dürftigkeit der über Obligationen formulirten Sätze. Dieß gilt namentlich in Betreff der Perfection der Verträge, der Ernstlichkeit und Ungezwungenheit der Willenserklärung, des Irrthums, der beigefügten Bedingungen, der exceptio doli und speciell des nicht erfüllten Vertrags, der Compensation, des Nachlasses, gegenüber der verhältnißmäßigen Ausbildung anderer Seiten des Obligationenrechts, z. B. der Lehre von der Tragung der Gefahr bei Realverträgen [16]).

Alle Einreden im weitesten Sinn konnten in dem Reinigungseid ihre Berücksichtigung finden, ist dieß ja ausdrücklich sogar für die exceptio solutionis anerkannt [17]), doch

---

söulich getrennt, die Eideshelfer, welche in ihrer Instruirung nicht an bestimmte Formen gebunden sind, aber begreiflicher Weise sich eine möglichst genaue Kenntniß der zu beschwörenden Sache zu verschaffen suchen. Da auch sie nur über die Schuld resp. Nichtschuld zu schwören haben, so können vor ihnen ebenfalls die verschiedenen im Reinigungseid begriffenen Einreden von der Partei geltend gemacht werden und, wenn für stichhaltig befunden, ihren Eid bestimmen, welcher formelle Evidenz schafft.

16) S. darüber unten.

17) Goslarische Statuten (Göschen) S. 72 Z. 17: „oder he scal sunder bekanntnisse sich der scult untsculdighen up den hilleghen." — Rechtsbuch nach Distinctionen (Ortloff) III, 13, 1: „Spricht he abir mit slechten worten neyn, daz sted czu sines selbes hand." — Interessant ist die in der bei Lappenberg, die ältesten Stadt-, Schiff- und Landrechte Hamburgs. S. 277 ff. abgedruckten Langenbeckschen Glosse zum Stadtrecht vom Jahr 1497 L. Art. 1 vorgenommene Vergleichung des in diesem Artikel aufgestellten Beweisrechts des Gläubigers mit dem alten Reinigungseid. Besonders wichtig ist aber die Erzählung der erweiterten Glosse (aus dem Anfang des sechzehnten Jahrhunderts, B bei

mochte der Beklagte es mitunter vorziehen, die Klage zuzugeſtehen und die Einreden beſonders vorzuſchützen. Das Recht konnte ſich in ſeiner Entwickelung der Berückſichtigung derſelben nicht entſchlagen, und ſo kam es denn allmälig zu einer, wenn auch beſchränkten und unvollkommenen Formulirung einzelner Einreden. In ähnlicher Weiſe, wie dieſelben, aber in concreto von dem Prätor in der Formel gegeben wurden, geſtattete das Gericht dieſelben auch durch ein „Urtheil," welches ſich als Zulaſſung des Beklagten zum Beweis der Einrede darſtellte. Daß die Einreden aber aus dem Reinigungseid hervorgegangen ſind, ergiebt ſich daraus, daß dieſelben durch den Eid des Beklagten bewieſen werden, welcher hier nur als theilweiſer Reinigungseid erſcheint. Außer den von Planck[18]) angeführten, meiſt aus dem Sachſenſpiegel entnommenen Belegen der verſchiedenen Faſſungen des Reinigungseids iſt hier noch beſonders Bezug zu nehmen auf das Rechtsbuch nach Diſtinctionen[19]) und die Goslariſchen Statuten[20]), welche den Satz allgemein ausſprechen, daß der Beklagte die Klage im Allgemeinen zugeſtehen, aber (aus dem Geſchäft ſelbſt hervorgehende) Einreden[21]) gegen dieſelben vor-

---

Lappenberg, vergl. S. CXXIX) S. 279, daß man „in unlangen Jahren" entgegen den Beſtimmungen des Stadtrechts den Beklagten obgleich er den Klaggrund zugeſtanden, doch zur Beſchwörung ſeiner Nichtſchuld zugelaſſen habe. Dieſe den ausdrücklichen Beſtimmungen und dem Geiſt des Stadtrechts zuwiderlaufende und darum von dem Gloſſator mit Recht als „mißbräuchliche und böſe" bezeichnete Gewohnheit zeugt, wie ſehr man an dem Reinigungseid hing.

18) Zeitſchrift für deutſches Recht B. X. S. 221 N. 20—24.

19) (Ortloff) III, 13, 2.

20) (Göſchen) S. 72 Z. 19. Die „Overtügung," welche dabei erwähnt wird, gehört dem ſpäteren Recht an.

21) Als Beiſpiel der Einreden wird namenlich die der zu frühen Forderung erwähnt (ſiehe noch Goslar. Stat. S. 70 Z. 13). Dieſe Einrede wird beſonders hervorgehoben, weil dabei die Singularität

bringen und mit ſeinem Eide beweiſen könne. Einreden, welche ſich auf eine ſpätere Thatſache gründen, wie die Einrede der Zahlung, können nach allen Rechtsbüchern nicht mit dem einfachen Eid bewieſen werden.

Die Realverträge bilden im germaniſchen Recht eine beſondere Claſſe nicht. Der Kläger kann ſeine Klage lediglich auf das Geloben der Rückgabe ſtützen und dann kömmt der Reinigungseid in Anwendung, welcher aber auch alle Exceptionen umfaſſen kann. Nur kann dann, wenn der Beklagte die geliehene, geſetzte, zu behalten gethane Sache in Händen hat, durch die „leibliche Beweiſung" derſelben eine Modification eintreten. Iſt die Exiſtenz der Sache bei dem Beklagten evident, ſo tritt nun ein Eigenthumsproceß ein. Iſt aber die Sache nicht mehr bei dem Beklagten oder will der Kläger die „Beweiſung" nicht verſuchen, ſo ſtellt er ſeine Klage auf das Verpflichtetſein des Beklagten zur Rückgabe, und dieſer kann nun bekennen und zurückleiſten oder er greift zum Reinigungseid, indem er ſeine Nichtſchuld entweder auf die nicht erfolgte Uebergabe ſtützt oder auf den Umſtand, welcher ihn von ſeiner Verpflichtung befreit hat: Rückgabe, zufälligen Untergang der Sache u. ſ. w. Früher aber als in anderen Fällen ſcheint in dieſen der auf Exceptionen geſtützte allgemeine Reinigungseid unbeliebt geworden zu ſein und es erklärt ſich dieß daraus, daß der Beklagte durch Ableiſtung deſſelben ſich leicht dem Verdacht ausſetzte, die Thatſache, aus welcher ſeine Obligation entſprang, das Erhaltenhaben der klägeriſchen Sache, welche vielleicht vielen Perſonen bekannt war, in Abrede ſtellen zu wollen. Man erkannte deßwegen hier auch ſeine ne-

---

iſt, daß der Eid des Beklagten nur eine Creditirung auf ein Jahr beweiſen kann; nicht aber ſind die Worte: „ich bekenne des mit diſſem underſchede," (S. 72 Z. 30) wie Böſchen, S. 496 N. 4 dieß thut, auf dieſe „beſonders bevorzugte" Einrede allein zu beziehen.

ben dem Eingeſtändniß der urſprünglichen Obligation vorgebrachten Einreden an und ließ die Beſchränkung des Reinigungseids auf dieſe zu. In Folge davon wurden die Grundſätze über die Tragung der Gefahr commodirter, deponirter, verpfändeter Sachen weiter ausgebildet und es gehört dieſe Lehre zu den ausgebildetſten Partien des germaniſchen Obligationenrechts [22]).

Ebenſowenig führt die Zweiſeitigkeit des Vertrags zu einer beſonderen rechtlichen Behandlung. Jede Forderung erſcheint als aus einem beſonderen Gelöbniß entſprungen und es muß dieſelbe mit dem Reinigungseid „entredet" werden können. Der Kauf wird deßwegen auch als ein Geloben der Sache gegen Empfang von Geld dargeſtellt und erſcheint ſo in voller Einſeitigkeit. —

Vergleicht man nun hiernach die Entwickelung des deutſchen und des römiſchen Vertragsrechts, ſo findet ſich in Betreff des äußeren Formalismus des Vertrags in dem letzteren eine unbedingte und unzweifelhafte Rechtsvorſchrift, in dem erſteren Recht iſt der äußere Formalismus zweifellos nur für manche Fälle von dem Recht vorgeſchrieben, für alle aber in der Sitte begründet und jedenfalls ſehr häufig angewandt. Der innere Formalismus iſt in beiden Rechten urſprünglich gleichmäßig vorhanden, in beiden ringt die ſittliche Anſchauung nach Anerkennung, in beiden findet ſie zuerſt bei gewiſſen Verträgen eine Anerkennung als ſittliche Ueberzeugung, in beiden werden Sätze derſelben allmälig rechtlich formulirt. Verſchieden iſt in beiden die Art und Weiſe, durch welche man die ſittliche Ueberzeugung als ſolche zur Aner-

22) Im älteſten Recht iſt ein, wenn auch indirecter Einfluß des römiſchen Rechts hierauf offenbar. Die aus dem älteſten Recht faſt allein hierher gehörigen bekannten Stellen der lex Baiuwariorum ſtammen aus der weſtgothiſchen Antiqua.

kennung brachte, gleichmäßig aber wieder die Anerkennung des Inhalts der ſittlichen Ueberzeugung durch Schaffung neuer Rechtsſätze. Das eine Recht hat dieſe Rechtſchaffung und Ausbildung in ſich vollenden können, das andere Recht wurde in dieſer Arbeit unterbrochen, oder ſagen wir lieber, dieſe Arbeit wurde ihm abgenommen, es fand, was es brauchte, vor und bemächtigte ſich des vorgefundenen Rechtsſtoffs. Dadurch aber gewinnt die Reception des römiſchen Rechts im Vertragsrecht noch ein beſonderes Intereſſe, daß ſie gerade in die Zeit einer Entwickelung fiel, als deren fernes Ziel ein Rechtsganzes, wie das nunmehr im römiſchen Vertragsrecht vorliegende erſchien und ferner, daß ein glücklicher Inſtinct dahin führte, daß man nur das, was auch das Ziel der einheimiſchen Entwickelung bildete, nur das abſolut Gerechtfertigte, aufnahm, die zufälligen Producte der römiſchen Rechtsbildung aber und unter dieſen namentlich die Ueberreſte des alten Rechts ignorirte. Eine Wirkung hiervon war, daß jeder äußere, namentlich aber auch jeder innere Formalismus der Verträge wegfiel, daß alſo einerſeits jeder, auch der formlos abgeſchloſſene Vertrag klagbar war, ſobald ſich aus ihm ein vernünftiger obligatoriſcher Wille erkennen ließ, daß aber auch andererſeits bei der Realiſirung der Verträge alle die oben hervorgehobenen Momente in Betracht gezogen wurden. Dadurch war eine unbegränzte Fortbildung des Obligationenrechts möglich und konnte in freierer Weiſe Statt finden, als dieß in Rom ſelbſt möglich geweſen wäre. Dieſe Möglichkeit wurde nun auch wirklich zur Thatſache und wir befinden uns gerade jetzt in der regſten Zeit dieſer Entwickelung.

Der Verf. läßt ſich auf eine Unterſuchung des Entwickelungsgangs des römiſchen und germaniſchen Obligationenrechts

nicht ein. Er beſchränkt ſich darauf aus den von ihm aufgeſtellten allgemeinen Principien eine verſchiedene Entſtehung und einen verſchiedenen Rechtsgrund der Obligation im römiſchen und germaniſchen Recht zu deduciren und aus dieſer Verſchiedenheit noch eine Reihe anderer Verſchiedenheiten abzuleiten. „Das germaniſche Vertragsrecht, ſagt er, iſt ganz einfach auf die Vorſchrift des Sittengeſetzes gegründet, daß Verträge gehalten werden müſſen. Was ein Menſch verſprochen hat, das muß er — wenn anders der Inhalt ſeines Verſprechens nicht ein unſittlicher war — erfüllen und aus dieſer ſittlichen Verpflichtung des Promittenten entſpringt die ſittliche Berechtigung des Promiſſars, Erfüllung des Verſprechens zu fordern, ſowie die Pflicht des Staats, den Promittenten zur Erfüllung ſeines Verſprechens zu zwingen. Der Rechtsgrund der Obligation iſt alſo das Verſprechen — und wenn auch in der Regel, um ein feſtes Rechtsverhältniß unter dem Paciscenten zu erzeugen, eine Acceptation des Verſprechens von Seiten des Promiſſars erforderlich iſt, ſo bleibt das Verſprechen des Schuldners doch immer die Baſis des ganzen Verhältniſſes, und zwar ſo ſehr, daß jene Acceptation nicht ſchlechthin und unter allen Verhältniſſen nothwendig iſt.“ Daraus wird abgeleitet, daß aus jedem Vertrag eine Klage auf Erfüllung entſpringt. — Die Römer dagegen erkennen, nach dem Verf., zwar auch eine ſittliche Verpflichtung das Verſprechen zu halten an, die Erfüllung dieſer Pflicht als einer ſittlichen bleibt aber der römiſchen Grundanſchauung gemäß lediglich dem Gewiſſen des Einzelnen überlaſſen und darf vom Staat nicht erzwungen werden, daher iſt die Pollicitation juriſtiſch irrelevant, und da das Verſprechen durch das Hinzukommen der Acceptation ſeine urſprüngliche Natur nicht ändert, ſo hielt das römiſche Recht bis in die ſpäteſte Zeit den Grundſatz feſt, „daß aus einem bloßen Vertrage nur eine ſittliche

Verpflichtung — obligatio naturalis — aber keine Klage auf Erfüllung entſpringe.“ Die Römer hätten alſo auf dieſem Wege nicht zur Conſtruction einer klagbaren Obligation gelangen können, ſie hätten vielmehr „zu dieſem Behufe von dem in der natürlichen Freiheit des Menſchen begründeten Recht, Andere ſeinem Willen dienſtbar zu machen, ausgehen müſſen.“ Wie Jeder im Zuſtand der natürlichen Freiheit das Recht habe, Andere zu unterjochen, ſo könne er ihnen auch beſtimmte Verpflichtungen auferlegen. Dieſes „Rechtsverhältniß gehe alſo aus dem Willen des Forderungsberechtigten hervor, der Wille und die Stärke des Fordernden bildeten den Obligationsgrund.“ Dieſes in der natürlichen Freiheit begründete Recht erleide zwar im Staat die weſentliche Beſchränkung, daß niemand dem Anderen mit Gewalt und wider ſeinen Willen dergleichen Verpflichtungen auflegen dürfe, laſſe der zu Obligirende ſich aber die Auflegung ſolcher Verpflichtungen gefallen, dulde er ſie ohne Widerſpruch, ſo müſſe der Staat das dadurch begründete Recht anerkennen und ſchützen. Hiernach iſt „zur Begründung einer obligatio civilis erforderlich: der Wille des Creditors, einen Anderen zu obligiren und eine dieſen Willen bekundende Handlung, und ſodann ein Geſchehenlaſſen, Dulden dieſer Handlung von Seiten des, zu Obligirenden.“ Dadurch, daß der Letztere ſeine Zuſtimmung ausdrücklich zu erkennen gebe, werde die Rechtswirkung der obligirenden Handlung natürlich nicht geſtört, ja ausdrückliche Zuſtimmung könne ſelbſt zur Conſtatirung des pati erforderlich werden, wie bei der Stipulation, zum Begriff und Weſen des Contracts aber gehöre ſie principiell betrachtet nicht, vielmehr genüge hierzu die durch das Dulden des obligirenden Acts bekundete Unterwerfung des Schuldners unter den Willen des Creditors.

Dieſe Argumentation iſt nichts als eine Anwendung der im §. 9 von dem Verf. allgemein aufgeſtellten Principien über die Entſtehung des Rechts auf das Obligationenrecht. Die Unbegründetheit dieſer Principien iſt oben (§. 9) im Allgemeinen und mit beſonderer Bezugnahme auf den Eigenthumserwerb (ſ. darüber auch noch §. 23) nachgewieſen worden. Ebenſo unbegründet ſind dieſelben aber auch für das Obligationenrecht.

Um eine vertragsmäßige Obligation hervorzubringen, iſt einer inneren Nothwendigkeit nach eine Willenseinigung, d. h. Coexiſtenz und correſpective Erklärung des Willens zweier Perſonen über eine von der einen Perſon der anderen zu machende Leiſtung erforderlich.

Die Exiſtenz und Erklärung des Willens der einen Perſon iſt ohne die der anderen völlig wirkungslos; eben ſo wenig wie die Erklärung, daß man eine Leiſtung entgegennehmen wolle, einen Anſpruch irgend welcher Art begründet, kann die Erklärung, daß man leiſten wolle, an ſich eine Verpflichtung, ſelbſt nicht eine nur ſittliche[23]) erzeugen. Es iſt daher auch völlig gleichgültig, von welcher Seite der Wille zuerſt erklärt und in weſſen Erklärung die Natur und der Umfang der Leiſtung ausgeſprochen iſt, denn nur dann, wenn auch von der andern Seite der auf dieſelbe Leiſtung gerichtete Wille vorhanden und erklärt iſt, wird mit und durch ihn der zuerſt erklärte wirkſam. Dieſe in der Natur der Sache begründeten

23) Die unmotivirte Zurücknahme einer nicht acceptirten Erklärung, einem Anderen etwas leiſten zu wollen, kann wie jede unmotivirte Willensänderung als Inconſequenz, als tadelnswerth erſcheinen. Gerade darin aber, daß der ſittliche Tadel nur die unmotivirte Willensänderung trifft, die motivirte hingegen als ſittlich gerechtfertigt und ſogar geboten erſcheint, liegt der Beweis, daß durch das einfache Verſprechen nicht eine Verpflichtung zu Gunſten einer beſtimmten Perſon, welcher ein Recht derſelben entſpricht, entſtanden iſt.

Sätze ſind von jedem poſitiven Recht anerkannt und einzelne aus beſonderen Rückſichten eingeführte Ausnahmen tragen einen ſtreng poſitiven Charakter. Dieß gilt daher auch von dem römiſchen, wie von dem germaniſchen Recht, und ſo ſehr ſich der Verf. dagegen ſträubt, dieſe poſitive Anerkennung zuzugeſtehen, iſt er doch nicht im Stand, das Gegentheil zu behaupten. Denn wenn er ſagt, nach germaniſchem Recht ſei eine Acceptation des Verſprechens „in der Regel erforderlich, um ein feſtes Rechtsverhältniß unter den Paciscenten zu erzeugen," ſo heißt dieß doch wol deutlich genug: Acceptation iſt erforderlich, um eine Obligation zu begründen, und wenn er im römiſchen Recht das Dulden der Auflage des Gläubigers durch den Schuldner für nothwendig erklärt, um der Auflage und mithin der Obligation ſtaatliche Anerkennung zu verſchaffen, ſo liegt darin wieder die Anerkennung der Nothwendigkeit der Coexiſtenz des Willens der Contrahenten. Wenn der Verf. dieß nun aber auch zugeſtehen muß, ſo ſucht er ſein Princip wenigſtens dadurch zu halten, daß er behauptet, das germaniſche Recht betrachte die in der Acceptation liegende Willenserklärung für Nebenſache, und das römiſche ſchreibe der in einem Dulden der Auflage liegenden Erklärung des Schuldners nur eine untergeordnete Bedeutung zu, das Hauptgewicht werde dort auf das Verſprechen, hier auf die Auflage gelegt und in dieſen Willenserklärungen ſei in den verſchiedenen Rechten der eigentliche Rechtsgrund der Obligation, „die Baſis des ganzen Verhältniſſes" zu ſuchen. Aber auch dieß Zugeſtändniß kann dem Verf. nicht gemacht werden. Das von der Pollicitation hergenommene Argument kann gegen ihn gerichtet werden, denn gerade das römiſche Recht erkennt in einzelnen Fällen die Pollicitation an, während dieſe Anerkennung dem deutſchen Recht fremd iſt. Als Beleg ſeiner Behauptung, daß im deutſchen Recht die Acceptation

nicht ſchlechthin und unter allen Verhältniſſen nothwendig ſei, ſagt er [24]): „So z. B. bei Erbverträgen die Acceptation von Seiten der Dritten, welche ein Erbrecht aus dem Vertrage erwerben ſollen" — allein dieſer Beleg ſteht mit dem Beweisthema in keinem Zuſammenhange, denn in den dem Verf. vorſchwebenden Fällen handelt es ſich nicht um eine Pollicitation, ſondern um eine Acceptation durch Stellvertreter. — Auch die Bezugnahme auf die „Volksanſicht, welche das Gewicht ausſchließlich auf das Verſprechen lege, ſo daß z. B. Laien ſich gewöhnlich nur darauf berufen, der Schuldner habe es verſprochen", ohne die Acceptation zu erwähnen, iſt verfehlt, da dieſer Sprachgebrauch darauf beruht, daß es überflüſſig ſei, etwas Selbſtverſtändliches, wie die Annahme eines Verſprechens zu erwähnen. Es würde aber auch für den Verf. hierdurch gar nichts bewieſen, da die Römer denſelben Sprachgebrauch haben, und nicht nur von Laien, ſondern ſelbſt von Juriſten vielfältig ſogar das Stipulationsverſprechen lediglich mit dem Wort promittere bezeichnet wird. —

Vornehmlich ſucht der Verf. aber ſeine Behauptung durch die Beſchaffenheit der verſchiedenen Arten von Verträgen, aus welchen nach römiſchem Recht eine obligatio civilis entſpringt, zu ſtützen, indem er nachzuweiſen verſucht, daß mit Ausnahme der exceptionell und als ſinguläre Rechtsgeſchäfte behandelten Conſenſualverträge in allen klagbaren Verträgen die Obligation von dem Gläubiger auferlegt werde.

Betrachten wir zuerſt die Verbalobligation, ſo wäre doch hier die beſte Gelegenheit geweſen, die innere Natur der Obligation und den Rechtsgrund derſelben deutlich hervortreten zu laſſen. Gleichſam wie von ſelbſt hätte ſich die Formel ergeben:

---

24) Schmidt S. 252 N. 1.

Ajo te mihi debere centum oder te mihi centum dare oportere, und der Schuldner hätte darauf erwiedert: debeo oder dabo. Statt dieſer auflegenden Worte aber finden wir als die ſolenne Obligationsformel deren directes Gegentheil, eine Frage des Gläubigers, ob der Schuldner verſprechen wolle, und ſtatt einer Erklärung des Schuldners, die Auflage des Gläubigers dulden zu wollen, eine Antwort, welche klar und beſtimmt das „Verſprechen" enthält, aus welcher das Bewußtſein und die Abſicht, eine Obligation zu conſtituiren, hervorgeht. Unter allen Formen, welche man hätte wählen können, iſt gewiß Frage und Antwort diejenige, welche am wenigſten das Uebergewicht der Erklärung des Gläubigers erkennen läßt. Der Verf. will dieſes Uebergewicht freilich darin erkennen, daß nicht der Schuldner, ſondern der Gläubiger Umfang und Inhalt der Obligation beſtimme, daß der Schuldner ſeine Erklärung genau den Worten des Gläubigers gemäß abgeben müſſe. Aber wie kann dieß, wenn man die Frag- und Antwortsform für den Abſchluß des Vertrags einmal beliebt, denn anders ſein muß nicht, da nach allen logiſchen Geſetzen die Frage der Antwort vorhergehen muß, in der Frage der ganze Inhalt des Vertrags enthalten ſein, um dieſen mit der einfachen Antwort zur Perfection zu bringen, würde nicht dadurch, daß der Schuldner ſeiner Antwort einen nicht in der Frage enthaltenen Inhalt gibt, der Conſens des Gläubigers fehlen, die Willenseinigung alſo nicht vorhanden ſein?

Bei den Realverträgen kann allerdings von einer Auflage der Obligation geſprochen werden. Der Leiſtende legt dem Empfänger eine Obligation auf und dieſer unterwirft ſich durch den Empfang der Auflage derſelben. Es würde ganz irrig ſein, wollte man annehmen, der Darleiher, Commodant, Deponent leiſte abſtract und laſſe ſich dafür die Rückgabe oder Rückleiſtung verſprechen, er qualificirt vielmehr ſein Geben

oder Leiſten als mutuum, commodatum u. ſ. w. und begründet dadurch mit Nothwendigkeit die Obligation auf ein Zurückgeben oder Leiſten. Mit anderen Worten, er leiſtet nicht abſtract, damit der Empfänger zurückgebe und leiſte, reſp. damit er die Rückgabe und Rückleiſtung verſpreche, ſondern er gibt und leiſtet in der Art, daß zurückgegeben und geleiſtet werden muß. Der Empfänger iſt daher auch nicht durch ſein Verſprechen, welches völlig überflüſſig iſt, verpflichtet, ſondern dadurch, daß er das Gegebene und Geleiſtete ſo, wie es gegeben und geleiſtet wurde, angenommen hat. Man kann alſo ganz richtig mit dem Verf. von dem Auflegen der Obligation durch den Gläubiger und von dem Dulden der Auflage durch den Schuldner ſprechen. Aber hierin liegt keine Beſonderheit des römiſchen Rechts, ſondern es geht dieß aus der Natur der Obligation auf Rückgeben und Rückleiſten hervor, deren Entſtehung deßwegen im heutigen Recht ebenſo aufzufaſſen iſt [25]) und im altgermaniſchen Recht ebenſo conſtruirt werden muß.

Neben der Obligation auf Rückgabe entſtehen aber durch die Realverträge noch andere Obligationen, welche nicht aus einer Auflage entſpringen, ſondern aus dem Willen des Verpflichteten. Der Darleiher, Commodant, Pfandſchuldner iſt verpflichtet, die Geldſumme oder die Sache dem Empfänger ſo lange zu laſſen, als die feſtgeſetzte Zeit läuft, oder der beſtimmte Gebrauch währt, oder die Principalobligation nicht getilgt iſt. Es iſt evident, daß dieſe Obligationen nicht vom Berechtigten aufgelegt ſein können. Die Verpflichtung entſpringt aus der eigenen qualificirten Leiſtung, wird alſo von dem Obli-

25) Der Umſtand, daß heut zu Tage das pactum de muluando, commodando u. ſ. w. klagbar iſt, verändert dieß Verhältniß ebenſo wenig, als daſſelbe durch eine vorgängige Stipulation auf Darleihen, Commodiren u. ſ. w. verändert wurde.

girten durch ſeine eigene Willenserklärung begründet reſp. übernommen. Dieſe Obligationen werden allerdings regelmäßig nicht durch Klagen geltend gemacht, ſondern durch Exceptionen; dieß beruht aber nicht etwa auf dem Grund ihrer Entſtehung, ſondern auf der Natur des Verhältniſſes. Der Darlehusſchuldner hat die Bereicherung, der Commodatar die Sache, die Obligation hat alſo immer nur ein Behalten zum Gegenſtand und dieſes wird regelmäßig nur dann Gegenſtand einer rechtlichen Erörterung, wenn der Darleiher ꝛc. Rückleiſtung fordert, und wird folglich regelmäßig nur durch Exception realiſirt werden können. Wenn der Commodant die Sache eigenmächtig intempestive zurücknimmt, kann aber auch die Obligation mit einer Klage, der commodati contraria, realiſirt werden [26]), welche ſonſt nur zur Realiſirung von Obligationen, die durch einen neuen Obligationsgrund hervorgebracht ſind, gegeben iſt.

Auch bei den tauſchartigen Innominatverträgen nimmt der Verf. die Entſtehung der Obligation aus der Auflage des Gläubigers an, und wenn man die Realiſirbarkeit dieſer Verträge durch die praescriptis verbis actio allein betrachtet, ſo ſcheint dieſe Anſicht begründet. Aus dem älteren Recht geht aber gerade das Gegentheil hervor, und es zeigt ſich, daß das römiſche Recht die von dem Verf. behauptete Möglichkeit der Unterwerfung eines fremden Willens durch einen von dem Unterwerfenden ausgehenden Act nicht anerkennt. Der Wille hat nur ſo weit rechtliche Wirkſamkeit, als die rechtliche Macht des Wollenden reicht, d. h. ſo weit ſie ſein Vermögen betrifft. Wer einem Anderen eine Sache gibt, um dafür eine andere Leiſtung zu erhalten, obligirt denſelben dadurch nicht; die Abſicht, aus welcher das Geben hervorgeht, wird nur in ſo fern anerkannt, daß das

26) L. 17 §. 3 commodati.

Geben ſelbſt als durch dieſelbe qualificirt erſcheint und zwar in der Art, daß, wenn die Abſicht nicht erreicht wird, das Geben als ohne Grund vorgenommen erſcheint und dadurch eine Obligation auf Zurückgeben entſteht [27]). — Aber auch durch die Einführung der praescriptis verbis actio trat eine Veränderung dieſer Auffaſſung nicht ein. Hätte das Recht ſich dahin umgebildet, daß man dem geleiſtet Habenden ſtatt der condictio eine Erfüllungsklage gegeben und mithin ſeine Rückforderung ausgeſchloſſen hätte, ſo wäre allerdings die Obligation als auf einer Auflage durch den Geleiſtethabenden beruhend anzuſehen. Dieſen Weg ſchlug aber das römiſche Recht nicht ein. Das innere Rechtsgefühl trieb dazu, eine directe Realiſirung der Gegenleiſtung zu gewähren, da es in hohem Grad unbillig erſchien, dem im Vertrauen auf die Redlichkeit des anderen Contrahenten geleiſtet Habenden nur eine Rückforderung zu gewähren, durch welche ſein Intereſſe nicht immer vollſtändig gewahrt war. Man ließ daher die praescriptis verbis actio zwar allmälig zu, ohne dadurch aber das Recht weſentlich zu verändern, vielmehr ſchloß man ſich dem beſtehenden Rechtszuſtand ganz an und ließ neben der neuen Klage die condictio fortbeſtehen. Man erkannte

27) Daß in dem Empfang der qualificirten Leiſtung nicht ein Conſtituiren einer bedingten Obligation auf Rückleiſtung liegt, ergibt ſich aus der Condiction eines nicht in der Abſicht, eine Gegenleiſtung zu erhalten, Gegebenen, z. B. der condictio indebiti. Der Empfänger einer Zahlung mag ausdrücklich die Exiſtenz der zu tilgenden Obligation anerkannt, oder ſeine Zweifel darüber geäußert und, im Fall ſich das Gegentheil herausſtellen würde, die Rückgabe verſprochen haben, oder er mag die urſprüngliche Obligation in Abrede geſtellt und erklärt haben, das mit der Bezeichnung als Zahlung Gegebene als Schenkung anzunehmen — hat der Hingebende animo solvendi gegeben und der Empfänger überhaupt angenommen, ſo iſt (unter Vorausſetzung der übrigen Erforderniſſe) die Obligation auf Rückgabe begründet.

dadurch also an, daß man nach wie vor die causa jeder Leistung in der Existenz der Gegenleistung selbst sah und nicht in der Verpflichtung zu dieser Gegenleistung. Diese Verpflichtung kann also auch nicht als aus der Leistung allein hervorgegangen, als aufgelegt, erscheinen. Das Verhältniß construirt sich vielmehr so: durch die Einführung der praescriptis verbis actio wurde die der Leistung vorhergehende oder dieselbe begleitende Verabredung als Vertrag anerkannt, welcher aber, da die Leistungen selbst als aneinander causirend erscheinen, nur dann eine directe Realisirung durch Klage zuließ, wenn von einer Seite geleistet war und zwar nur von Seiten des Leistenden, während dessen Leistung als solutio der vertragsmäßigen Obligation und mithin als unwiderruflich nur dann erschien, wenn dieselbe durch die Erfüllung der Gegenleistung causirt wurde. Mit andern Worten: der verabredete Innominatvertrag brachte zwei Obligationen hervor, deren jede hinsichtlich ihrer Existenz durch die Erfüllung der gegenüberstehenden bedingt erschien. Der Rechtsgrund der Obligation war also wie bei den Consensualverträgen die Verabredung der Parteien.

§. 30.

Begriff und Wesen der Obligation.

Der Verf. gesteht zwar zu, daß die von ihm behaupteten verschiedenen Auffassungen der Obligation in beiden Rechten „im Allgemeinen zu demselben Resultate führen", hält den Gegensatz jedoch „keineswegs für bedeutungslos".

1) Zunächst soll derselbe „zu einer principiellen Verschiedenheit in der Behandlung zweiseitiger Verträge führen. Nach germanischer Auffassung müßten diese als Verträge behandelt werden, bei denen das durch sie begründete Rechtsverhältniß auf beiden Seiten Rechte und Verbindlichkeiten er-

zeugt; das durch ſie begründete Rechtsverhältniß bleibe aber immer Ein Rechtsverhältniß und daraus gehe die allgemeine Regel hervor, daß der Einzelne nur in ſoweit Erfüllung zu fordern ſittlich berechtigt ſei, als er ſeinerſeits erfüllt habe. Vom römiſchen Standpunct aus ließen ſich zweiſeitige Verträge eigentlich gar nicht conſtruiren, denn eine durch den Willen des Creditors aufgelegte Obligation ſei ihrer Natur nach eine einſeitige und das daraus hervorgehende Recht des Creditors wie jedes Recht nach römiſchem Begriff ein reines Recht. Wie daher die Römer auch nur für einſeitige Obligationen Rechtsformen hätten und z. B. ein Tauſch nur ſo in Stipulationsform gebracht werden könne, daß zwei Stipulationen vorgenommen würden, welche dann in gar keinem rechtlichen Zuſammenhang mit einander ſtänden, ſo legten ſie auch das z. B. durch Kauf und Miethe begründete Rechtsverhältniß in zwei ſelbſtſtändige Forderungsrechte aus einander, welche ſtreng genommen ebenfalls in keinem rechtlichen Zuſammenhang mit einander ſtänden, und von denen jedes durch eine ſelbſtſtändige Klage geſchützt ſei, und von dem Berechtigten ſofort auf Grund des Vertragsabſchluſſes und ohne Rückſicht darauf, ob er ſeinerſeits erfüllt habe oder nicht, geltend gemacht werden könne." — Wie, möchte man fragen, iſt es möglich, dieſer Auffaſſung entgegenſtehende Rechtsſätze ſo gänzlich zu ignoriren? Möglich gemacht iſt es durch die dem Verf. eigenthümliche Art, ſeinem Syſtem nicht entſprechende Sätze auf die Seite zu ſchieben, ſie für durch die Rechtsprincipien nicht gerechtfertigte Conceſſionen an die Sitte oder in ähnlicher Weiſe zu erklären. Lernen wir hier eine neue Anwendung dieſes Verfahrens kennen. Der Verf. fährt nämlich ſo fort: „In der Anwendung wird dieſes Princip freilich dadurch gemildert, daß dem Beklagten, wenn der Kläger ſeinerſeits nicht erfüllen will, eine exceptio gegeben iſt."

Es iſt hier nicht der Ort, auf das Weſen der ſ. g. exceptio non adimpleti contractus einzugehen, da die verſchiedenen Auffaſſungen keineswegs auf einen Gegenſatz des deutſchen und des römiſchen Rechts zurückgeführt werden können. Wie man aber auch dieſe Exceptio auffaßt, ſo viel iſt gewiß, daß dieſelbe nicht einem äußeren Utilitätsgrund ihre Einführung verdankt, ſondern aus der innern Natur des zweiſeitigen Vertrags hergeleitet wird. Wenn eine Forderung aus einem zweiſeitigen Vertrag, ehe die Gegenleiſtung beſchafft worden iſt, als doloſe Handlungsweiſe bezeichnet wird, iſt damit nicht der rechtliche Zuſammenhang beider Verpflichtungen, ihr ſich gegenſeitig Bedingen ſo prägnant als möglich ausgedrückt? Der Verf. verſucht es auch nicht einmal, irgend einen innern Grund für die „Milderung des Prineips in der Anwendung" anzudeuten, und wenn derſelbe (S. 262 Note 2.) behauptet: „die Thatſache, daß dieß von den Römern als eine wirkliche exceptio aufgefaßt wird, alſo der Strenge nach nicht ſchon im Weſen des Vertrags liegt, beweiſt die Richtigkeit der obigen principiellen Auffaſſung" — ſo genügt es zur Würdigung dieſer „Thatſache" und der aus ihr abgeleiteten Folgerungen darauf zu verweiſen, daß die doli exceptio bonae fidei judiciis inest. — Trotz der Milderung des Prineips in der Anwendung ſollen noch manche praetiſche Folgerungen übrig bleiben, ſo z. B. der Satz, daß der Käufer die Gefahr zu tragen habe, „während es uns natürlicher zu ſein ſcheine, zu ſagen, daß der Verkäufer, welcher ſeinerſeits nicht leiſten könne, auch die Gegenleiſtung zu fordern nicht berechtigt ſei." „Ebenſo der Satz, daß bei der Dienſtmiethe der locator die merces zu fordern berechtigt ſei, si per eum non steterit, daß er ſeinerſeits nicht leiſtet, während vom Standpunct des germaniſchen Rechts aus, wenn der Miether veränderter Umſtände halber von den Dienſten keinen Gebrauch machen könne

oder wolle, nur die Forderung billiger Entſchädigung begründet ſein würde.“ Daß die erwähnten Sätze (auf andere beruft ſich der Verf. nicht) mit dem behaupteten Princip nicht zuſammenhängen, bedarf einer weiteren Ausführung nicht, nur die Frage möchte man an den Verf. ſtellen, wie er, wenn er dieſe Sätze aus der Unfähigkeit der Römer, einen zweiſeitigen Vertrag zu conſtruiren, ableitet, dann die übrigen dieſelben Inſtitute normirenden Rechtsſätze erklärt, namentlich den Ausſchluß der Klage auf die merces bei caſuellem Untergang der vermietheten Sache gegenüber der Tragung der Gefahr beim Kauf und der Tragung desjenigen casus durch den Miether, welcher, ohne das Object der Leiſtung zu betreffen, die Leiſtung hindert. Wie will er ferner den engen Anſchluß des Miethpreiſes an die Leiſtung des Gebrauchs, die Minderung jenes mit der Minderung des Umfangs dieſer und die vielfältigen ſonſtigen aus dem Princip der Correſpectivität der Leiſtungen aus zweiſeitigen Verträgen hervorgehenden Sätze rechtfertigen, oder ſoll auch hierin nur eine Milderung des ſtrengen Princips in der Anwendung gefunden werden? Zu bemerken iſt noch, daß der Verf. dem erſten der beiden angeführten römiſchen Sätze keineswegs einen abweichenden deutſchen Rechtsſatz entgegenſtellt, ſondern eine ſubjective Anſchauung, welche den Kauf den Realinnominatverträgen nahe bringt. Als Belege für den zweiten dem germaniſchen Recht zugeſchriebenen Satz werden die Beſtimmungen „der neuern Seerechte über den Frachtcontract und die Geſinderechte“ angeführt.

2) Die als weitere „practiſch wichtige Folge der Verſchiedenheit des Begriffs der Obligation“ angeführte „Verſchiedenheit in der Behandlung der Stellvertretung bei Verträgen“ kann nach dem im Anfange des vorhergehenden Paragraphen über die Möglichkeit der Vergleichung beider Obligationenrechte Angegebene hier gänzlich übergangen werden. Das alte germa-

niſche Recht kennt eine Stellvertretung bei der Entſtehung von Obligationen nicht. Nur ſelten wird das Handeln für einen Andern erwähnt, aber meines Wiſſens nie ſo, daß durch einen Stellvertreter eine Verpflichtung oder eine Forderung unmittelbar geſchaffen würde [1]). Iſt ja doch auch die Vertretung vor Gericht in hohem Grade beſchränkt.

3) Der urgirte Gegenſatz ſoll endlich zur Verſchiedenheit in Betreff der Rechtshülfe führen, welche der Staat dem Gläubiger gewährt. Aus der ſittlichen Verbindlichkeit des Schuldners und der vom deutſchen Recht anerkannten Berechtigung des Staats den Schuldner zur Erfüllung dieſer Verbindlichkeit zu zwingen, folge, daß der vom Staat gegen den ſäumigen Schuldner anzuwendende Zwang direct auf die Erfüllung der Verbindlichkeit gerichtet werde. — „Vom römiſchen Standpunct könne man dagegen zu einer direct auf Erzwin-

1) In den Formelſammlungen finden ſich verſchiedene Vollmachtsformulare, die mandirte Handlung beſteht aber in Bewirkung der Solenniſirung einer Uebertragung. — In Meichelbeck's historia Frisingensis finden ſich Urkunden über zwei Fälle, in welchen durch Mandatare ein Verkauf abgeſchloſſen wurde. Im einen Fall (II, 2. Nr. 246) aus dem Anfang des vierzehnten Jahrhunderts erklärt der Mandatar, daß er in Folge Mandats die Güter des Mandanten verkauft und den Kaufpreis erhalten habe. Darauf folgt eine Urkunde (ad Nr. 246), in welcher der Mandant ohne Erwähnung des Mandats bekennt, dieſelben Güter demſelben Käufer verkauft und den Kaufpreis empfangen zu haben. Im zweiten Fall aus den Jahren 1276 und 1277 erklären die Mandatare eines in Gefangenſchaft Abweſenden, daß ſie in Folge von deſſen Specialmandat deſſen Güter verkaufen und verſprechen dafür ſorgen zu wollen, daß ſowol die Erben des Mandanten auf ihr Recht verzichten, als auch dieſer ſelbſt, ſobald er aus der Gefangenſchaft zurückgekehrt ſein werde, dieſen Vertrag ratificire und confirmire. Obgleich dieſer Vertrag ſolenniſirt und vollzogen war, ſo ratificirt der Mandant denſelben doch erſt, nachdem in Folge ſchiedsrichterlicher Entſcheidung des Königs Rudolph der Käufer ſich zu einem Zuſchuß zum Kaufpreis verſtanden hatte (II, 2. Nr. 126—130. 155. 156).

gung der ſtipulirten Leiſtung gerichteten Execution nicht gelangen. Im Zuſtand der natürlichen Freiheit mache derjenige, welcher einem Andern eine Verpflichtung auferlegt habe, gegen dieſen, wenn er die Verpflichtung nicht erfülle, einfach von ſeiner größeren Stärke Gebrauch und verfahre vermöge ſeiner natürlichen Freiheit mit ihm, wie er Luſt und Macht habe. Dieſes Recht erleide durch die Gründung des Staats keine Veränderung, vielmehr beſtehe die vom Staate dem Forderungsberechtigten gewährte Rechtshülfe gerade darin, daß der Staat denſelben in ſeinem Unterwerfungsrecht ſchütze, und ihm geſtatte, durch manus injectio die abſolute Herrſchaft über den nicht zahlenden Schuldner zu erwerben, und es ſei nur eine natürliche Conſequenz dieſes Rechtsverhältniſſes", wenn die XII Tafeln das in partes secare verſtatteten. „Eine weitere natürliche Conſequenz dieſer Auffaſſung der Rechtshülfe, ſei es denn auch, daß, als ſpäter die Plebs die Aufhebung der Schuldknechtſchaft durchgeſetzt habe, nur eine Vollſtreckung der Execution in das Vermögen des Schuldners übrig geblieben ſei, und daher, um dieſe realiſiren zu können, jeder Anſpruch bei der Condemnation in eine Geldſchuld verwandelt werden, die Condemnation alſo immer auf Geld habe lauten müſſen."

Gegen dieſe Darſtellung dürfte gar mancherlei einzuwenden ſein. Es iſt oben nachgewieſen worden, wie es abſolut unmöglich iſt, wenn man den Zuſtand der ſ. g. natürlichen Freiheit als Ausgangspunct nimmt, zu irgend welcher rechtlichen Conſtruction zu gelangen. Sehen wir aber einmal davon ab und accommodiren wir uns der Anſchauung des Verfs., ſo ſtellt ſich ſeine Schlußfolgerung auch formell als völlig falſch dar. Geht man von der Auferlegung einer Verpflichtung im Zuſtand der ſ. g. natürlichen Freiheit aus, ſo würde man zunächſt zu dem Satz gelangen, daß, wenn der

Schuldner nicht erfüllt, der Gläubiger ihn zur Erfüllung zwingt, nicht aber, daß er mit ihm verfährt, wie er Luſt hat und ihn z. B. tödtet. Wenn deßhalb das in der natürlichen Freiheit begründete Recht im Staat anerkannt wird, ſo kann es hier nur das Recht des Zwangs zur Erfüllung der beſtimmten Obligation ſein, und die Römer hätten daher gerade zum Syſtem der directen Execution gelangen müſſen. Wollte man aber auch das unbedingte Verfügungsrecht des Gläubigers über die Perſon des Schuldners als eine Conſequenz aus dem behaupteten Princip anerkennen, ſo würde doch der Satz, daß nach Aufhebung der Schuldknechtſchaft nur eine Execution in das Vermögen übrig geblieben ſei, nichts weniger als „eine natürliche Conſequenz dieſer Auffaſſung der Rechtshülfe" ſein. Das Natürlichſte wäre geweſen, daß man die in der Schuldknechtſchaft ausgeſprochene abſolute Unterwerfung des Schuldners unter die Herrſchaft des Gläubigers in eine relative verwandelt hätte, d. h. in einen Zwang zur Erfüllung der Leiſtung, alſo wieder zur directen Execution gelangt wäre. Gegen die Ableitung der Geldcondemnation aus dem Weſen der Obligation würde ferner doch auch der Umſtand ſprechen, daß auch bei der Vindication die Verurtheilung wenigſtens im ſpäteren Recht auf Geld erfolgte. In dem Zuſtand der natürlichen Freiheit iſt es doch gewiß das Naturgemäßeſte, daß der Eigenthümer die ihm vorenthaltene Sache wegnimmt, nicht, daß er ſich aus dem Vermögen des Vorenthalters ſchadlos hält. Doch verlaſſen wir die Argumentation des Verfs. und betrachten die Executionsarten beider Rechte ſelbſtſtändig, ſo iſt ihre Uebereinſtimmung für die älteſten Zeiten in die Augen ſpringend und braucht nicht weiter verfolgt zu werden. Schuldknechtſchaft hier und dort; Pfändung hier und dort; gleichmäßig in beiden Rechten Beſchränkung der ſtrengen Executionsarten auf gewiſſe Schulden, aber

auch eigenmächtige Vornahme derſelben; Ausdehnung auf andere Schulden, aber Vornahme durch den Richter und Milderung hinſichtlich ihrer Wirkung. Daß im Einzelnen Abweichungen ſtattfinden, wer will es läugnen, aber eine principielle Verſchiedenheit, wer kann dieſe zu behaupten wagen? Der Verf. ſcheint anzunehmen, daß das deutſche Rechte von jeher eine directe Execution gekannt habe. Dafür fehlt es uns an jedem Nachweis. Direct erequirt wurden Erkenntniſſe über Immobilien und ſolche Mobilien, welche mit Anefang verfolgt wurden. Ebenſo geht bei der Vindication nach dem älteſten römiſchen Recht das Urtheil auf die Sache ſelbſt. Eine Verurtheilung auf ein facere reſp. eine directe Execution eines ſolchen Urtheils iſt aber dem alten germaniſchen Recht ebenſo fremd, als dem römiſchen [2]).

§. 31.

Verſchiedenheit des Inhalts der einzelnen Verträge.

Den Charakter der Univerſalität, welcher für das römiſche Obligationenrecht mit beſonderem Nachdruck in Anſpruch genommen werde, erkennt der Verf. in ſoweit an, als das römiſche und germaniſche Recht trotz der Grundverſchiedenheit ihres Charakters bei einer beſtimmten Klaſſe von Verträgen allerdings zu ziemlich gleichen Reſultaten gelangten; „dieſe Gleichheit aber beſchränke ſich auch nur auf dieſe beſtimmte Klaſſe und habe hier einen ganz natürlichen Grund". Der Verf. unterſcheidet nämlich die Verträge „je nachdem ſie auf die Realiſirung eines beſtimmten ſittlichen Zwecks, oder auf die Befriedigung

2) Das engliſche Recht hat eine directe Execution nur bei Immobilien, nicht aber bei Mobilien, viel weniger noch bei einem facere. (Blackstone, Commentaries 18th edit. B. III ch. 26 p. 454.) Das franzöſiſche Recht kennt eine directe Execution bei facere ebenfalls nicht.

eines gewöhnlichen Verkehrsbedürfnisses gerichtet sind, und je nachdem ferner dauernde Beziehungen unter den Contrahenten durch sie begründet werden oder nur eine einmalige Leistung den Gegenstand des Vertrags bildet.“ Bei den Verträgen, welche zur Befriedigung des Verkehrsbedürfnisses über einmaliges Leisten geschlossen werden, beschränkten sich die Vorschriften des Sittengesetzes auf die Forderung eines redlichen Verhaltens der Contrahenten bei Eingehung des Vertrags und gewissenhafter Erfüllung desselben, daher beschränkten sich auch die Vorschriften des germanischen Rechts hierauf. Auf der andern Seite sei aber auch die Verpflichtung der Contrahenten zu einer gewissen gegenseitigen bona fides bei Eingehung und Erfüllung von Verträgen eine unabweisbare Forderung des Verkehrsbedürfnisses. Würden alle Verträge nach strictum jus beurtheilt, so führe die Nothwendigkeit, bei Abschluß eines Vertrags mit der äußersten Vorsicht zu verfahren und sich wegen jedes Nebenpuncts und für jede Eventualität durch besondere Stipulationen zu sichern, zu einer unerträglichen Erschwerung des Verkehrs, deßwegen sei auch das römische Recht genöthigt worden, bei manchen Contracten von den Principien des strengen Rechts abzuweichen und fordere von den Contrahenten gegenseitige bona fides. „In Folge dieser durch die Nothwendigkeit des Verkehrsbedürfnisses abgezwungenen Abweichung von seinem Grundprincip erhalte dann freilich das römische Vertragsrecht eine Gestalt, welche die principielle Verschiedenheit zwischen ihm und dem germanischen Recht bei der oben bezeichneten Klasse von Verträgen fast verschwinden mache.“

Die Sophistik des Vers., welche wir in ähnlichen Argumentationen schon öfters kennen lernten, hat in der vorliegenden ihren Gipfelpunct erreicht. Die Darstellung unterscheidet sich von den früheren dadurch, daß gar nicht der Versuch gemacht ist, Belege für die aufgestellten Behauptungen

zu erbringen. Man ſucht vergeblich nach irgend einem poſitiven Anhaltspunct für die Behauptung der Urſprünglichkeit der principiellen Berückſichtigung der bona fides im germaniſchen Recht oder einen Beleg für den Zwang, welcher den Römern dieſe Berückſichtigung abgedrungen habe. Eine derartige Trennung der Motive, welche zur Berückſichtigung der innern Natur der Obligation führen: principielles Ausgehen von den ſittlichen Vorſchriften auf der einen und von Utilitätsrückſichten auf der andern Seite iſt überhaupt unthunlich, beide Momente ſtehen in einer nothwendigen Wechſelwirkung und das Recht ſchaffende Volk und deſſen Organe werden bei einer geſunden Rechtsbildung ſogar nur in ſeltenen Fällen ſich bewußt werden können, von welcher Art dieſer Motive ſie ſich leiten laſſen. Wie ſich aber das römiſche und das germaniſche Recht in Bezug auf die allmälige Anerkennung der bona fides ganz in übereinſtimmender Weiſe verhalten haben, iſt oben in §. 29 (S. 450 ff. 466.) ausgeführt worden. —

Denjenigen Verträgen, welche nur auf Befriedigung eines gewöhnlichen Verkehrsbedürfniſſes gerichtet ſind und deren Gegenſtand nur eine einmalige Leiſtung bildet, ſtellt der Verf. die auf Realiſirung eines beſtimmten ſittlichen Zwecks gerichteten und dauernde Beziehungen unter den Contrahenten begründenden Verträge gegenüber. In der weiteren Ausführung werden die angeführten Merkmale der letztern Klaſſe von Verträgen nicht als neben einander ſtehend aufgefaßt, ſondern das erſtere, die Richtung auf einen beſtimmten ſittlichen Zweck, wird als Folge der durch den Vertrag hervorgebrachten dauernden Beziehungen unter den Contrahenten behandelt. Dieſe ſittliche Conſequenz ſoll nun das germaniſche Recht anerkennen, das römiſche nicht, und darin wird wieder ein Beleg für ihre principielle Verſchiedenheit gefunden. Das römiſche Recht nämlich davon ausgehend, „daß die Menſchen, wie ſie auch

ſittlich zu einander ſtehen mögen, doch rechtlich ſich urſprünglich einander vollkommen fremd und pflichtlos gegenüberſtehen, müſſe zu der Conſequenz gelangen, daß, wenn Menſchen durch einen Vertrag in ein dauerndes Rechtsverhältniß zu einander treten, ihre rechtlichen Beziehungen zu einander ſich eben auf die gegenſeitige Verpflichtung zur Erfüllung des Vertrags beſchränken, ein über den nächſten Inhalt des Vertrags hinausgehendes Verhältniß aber durch den Vertrag nicht begründet werde.'' Das germaniſche Princip dagegen, daß alle Menſchen einander in allen rechten und ſittlichen Dingen beiſtehen müſſen und daß dieſe allgemeine Pflicht da, wo die Menſchen durch ihre Lebensverhältniſſe einander näher geſtellt werden, zu einer beſondern Pflicht werde, führe, wie zu einer beſondern Treuverpflichtung der Blutsverwandten, Nachbarn, Gemeindegenoſſen u. ſ. w., ſo auch zu einer beſondern gegenſeitigen Verpflichtung derjenigen, welche durch Vertrag in dauernde Beziehungen zu einander treten. Dieß wird an der Dienſtmiethe, dem Pacht- und Geſellſchaftsvertrag näher ausgeführt.

Wenn man die Darſtellungen des Verfs. in der Art beſchränkend erklärt, das germaniſche Recht kenne gewiſſe Verträge, welche das ,,allgemeine von dem Sittengeſetz begründete Fraternitätsverhältniß'' ſpecialiſiren, in welchen die allgemeine Menſchenpflicht, einander in allen rechten und ſittlichen Dingen beizuſtehen, eine concrete Geſtalt gewinne, ſo iſt dieſe Behauptung nicht allein völlig gerechtfertigt, ſondern es iſt damit auch das Weſen dieſer Verträge in ganz entſprechender Weiſe bezeichnet. In den derartigen Verträgen reſp. den durch dieſelben geſchaffenen Verhältniſſen iſt neben dem rechtlichen noch ein ſittlicher Inhalt vorhanden, welcher entweder von dem Recht direct nicht realiſirt, jedoch bei der Beurtheilung des rechtlichen Inhalts immer thatſächlich berückſichtigt wird

und in ſo fern auf denſelben von indirectem Einfluß iſt [1]), oder der ſittliche Inhalt iſt dadurch, daß er gewiſſe Rechtsſätze hervorgetrieben hat, direct realiſirbar [2]). Soweit dieß Letztere der Fall iſt, bildet der ſittliche Inhalt einen integrirenden Theil des Inhalts des durch den Vertrag geſchaffenen Rechtsverhältniſſes; ſoweit dieß nicht der Fall iſt, hat er mit dem Verhältniß, ſoweit es Rechtsverhältniß iſt, nichts zu thun, er gehört dem thatſächlichen Verhältniß an, und der Vertrag iſt ſomit nicht rechtlich obligirender Vertrag.

Rechtsverhältniſſe, in deren Inhalt aus dem Fraternitätsverhältniß originirende Verpflichtungen als Rechtspflichten aufgenommen ſind, kennt nun aber auch, wie oben [3]) nachgewieſen iſt, das römiſche Recht; es kennt auch ſpeciell derartige Verhältniſſe, welche durch Vertrag hervorgerufen ſind. Ebenſo kennt es auch vertragsmäßig geſchaffene Verhältniſſe, welche nur zum Theil rechtlich realiſirbar ſind.

Betrachten wir zuerſt den Geſellſchaftsvertrag, in welchem der Gegenſatz des deutſchen und römiſchen Rechts ſcharf und klar hervortreten ſoll. Der rechtliche Inhalt des Vertrags beſteht nicht in der Verpflichtung zu gemeinſamem Handeln, ſondern nur in dem, was man als Verpflichtung des Einbringens und des Ausantwortens bezeichnen kann. Dieſen rechtlichen Inhalt ſpricht auch der Sachſenſpiegel (I, 12) allein aus. Der ſittliche Zweck, wegen deſſen die Geſellſchaft abgeſchloſſen iſt, afficirt den rechtlichen Inhalt derſelben nicht, auch das germaniſche Recht kennt kein Mittel,

1) Hierher gehört z. B. die Nichtanerkennung des animus injuriandi in manchen Verhältniſſen.

2) Ausſchluß der infamirenden Klage, Infamie in Folge von Handlungen gegen den ſittlichen Inhalt des Verhältniſſes', beneficium competentiae u. ſ. w.

3) S. 300. 335.

denſelben ohne die etwaige Hülfe von Conventionalſtrafen zu realiſiren. Das enge zwiſchen den Geſellſchaftern ſtattfindende ſittliche Verhältniß, die „concret gemachte Fraternität", wird aber von dem römiſchen Recht anerkannt in der die Verurtheilung aus der actio pro socio begleitenden Infamie und dem beneficium competentiae [4]). Das germaniſche Recht kennt dieſe Sätze nicht. — Dem Verf. iſt es nach ſeiner bekannten Verfahrensweiſe nicht ſchwer, eine Grundverſchiedenheit der römiſchen und der germaniſchen Geſellſchaft zu begründen — er ſtellt der reinen Societät, welche er als römiſche Geſtaltung der Geſellſchaft bezeichnet, die einerſeits freiere, andererſeits feſtere [5]) Bildung der Genoſſenſchaften entgegen. Hierüber iſt im §. 27 das Nöthige bemerkt worden. Die größere Mächtigkeit des Hervortretens des Aſſociationsgeiſtes bei den Germanen iſt von großem culturhiſtoriſchen Intereſſe, der rechtlichen Betrachtung iſt dieſes Moment gleichgültig.

Einen anderen Beleg nimmt der Verf. aus der Dienſt-

4) S. o. S. 301 N. 8. — Der Verf. ſpricht ſich hierüber folgendermaßen aus (S. 275 N. 2): „Freilich heißt es von der societas omnium bonorum, daß ſie eine gewiſſe Fraternität erzeuge; auch hat die Verurtheilung aus der actio pro socio Infamie zur Folge. Allein rechtlich ſtehen auch die Brüder nach römiſchem Princip ſich fremd und pflichtlos gegenüber, ſo daß jener Satz keine erheblichen practiſchen Folgen erzeugt, und die an die Verurtheilung aus der actio pro socio geknüpfte Infamie beweiſt gerade, daß das aus der societas entſpringende Verhältniß als ein rein ſittliches aufgefaßt und behandelt werden ſoll."

5) Um die größere Feſtigkeit der deutſchrechtlichen Geſellſchaft zu begründen, ſagt der Verf., bei ihr ſei die „ſittliche Pflicht des Einzelnen, ſein Wort zu halten und diejenigen, welche im Vertrauen darauf ſich mit ihm vereinigt haben, nicht durch unmotivirten Rücktritt in Verlegenheit zu ſetzen, zu einer Rechtspflicht erhoben worden". Ich finde, man kann die römiſchrechtliche Vorſchrift der non intempestiva renunciatio nicht paſſender ausdrücken.

miethe. Er ſtellt hier der reinen locatio conductio operarum die deutſch-rechtlichen Verträge, Geſinde-, Hoftaglöhner-, Geſellencontract und — den Lehnsvertrag entgegen. Daß letzterer nicht hierher gehört, bedarf kaum einer beſonderen Erwähnung, in den erſteren kann ein Gegenſatz gegen die locatio conductio nicht gefunden werden, da eine ſolche [6]) in denſelben vollſtändig enthalten iſt und nur daneben das vertragsmäßig geſchaffene Verhältniß noch einen anderen Inhalt hat, welcher aber weder mit der Natur der locatio conductio unverträglich iſt, noch die Obligation aus derſelben im Geringſten modificirt, vielmehr nur den Contrahenten noch beſondere Pflichten auferlegt. Dieſe Pflichten ſind zum Theil nur ſittlicher Art und rechtlich nicht realiſirbar, zum Theil ſind ſie direct realiſirbar oder wirken auf die rechtliche Beurtheilung einzelner Handlungen der Contrahenten thatſächlich ein. Dieß Letztere iſt z. B. der Fall hinſichtlich des ſ. g. Züchtigungsrechts. Eine gewiſſe Handlung, gegen eine Perſon gerichtet, mit welcher der Handelnde nicht in einem beſondern Verhältniß ſteht, würde als Injurie ſtrafbar ſein, das beſondere Verhältniß macht ſie ſtraflos — ähnlich iſt die Beſtimmung hinſichtlich des Geſindediebſtahls u. ſ. w. Zu den direct realiſirbaren Pflichten gehört die Sorge für Dienſtboten in Krankheitsfällen. — Wir haben keine Nachrichten darüber, ob bei den Römern Dienſtverhältniſſe mit ähnlichem Charakter vorgekommen ſind, nicht vertragsmäßig conſtituirte Verhältniſſe [7]), wie z. B. des Patrons zum Freigelaſſenen, hatten einen ähn-

6) Daß dieſe Verträge öfters ſtreng genommen nicht als reine locatio conductio, ſondern auch, wenn z. B. nicht oder nicht allein eine in Geld angeſchlagene merces ausgemacht iſt, als Innominatverträge, facio ut des oder ut facias vorkommen können, begründet keinen Unterſchied, da ein ſolcher Vertrag immer doch der Miethe analog behandelt werden muß.

7) S. o. §. 22 a.

lichen patriarchalen Inhalt und ſomit würde nach der eigenen wiederholten Behauptung des Verfs. die Möglichkeit einer vertragsmäßigen Conſtituirung gegeben ſein. Ein Züchtigungsrecht des Lehrherrn wird ausdrücklich anerkannt [8]).

Auch in Betreff des Pachtvertrags findet der Verf. eine verſchiedene Auffaſſung. Dort Pflichtloſigkeit der Contrahenten und willkürliche Auflösbarkeit des Verhältniſſes, hier perſönliches Verhältniß zwiſchen den Contrahenten, der Grundherr Berather, Schützer und Vertreter des Bauers, daher nicht willkürliche Lösbarkeit des Vertrags; auch wo dem Bauer kein dingliches Recht an dem Gute zuſtehe, könne er doch, ſo lange er das Gut gehörig bewirthſchafte und den Pacht zahle, nicht vertrieben werden. — Nun kennt aber das germaniſche Recht ein ganz rein obligatoriſches willkürlich lösbares Pachtverhältniß [9]) gerade wie die locatio conductio, und, was die Nichtentziehbarkeit des ausgethanen Grundſtücks betrifft, ſo bietet die locatio conductio perpetua die ſchlagendſte Analogie mit den bäuerlichen Verhältniſſen. Der Herr des ager vectigalis kann dem conductor perpetuus, ſo lange er nicht deteriorirt und das vectigal bezahlt, nicht kündigen [10]). Was über Altentheil und Interimswirthſchaft geſagt wird, gehört nicht hierher, denn dieſe Rechtsverhältniſſe beruhen auf Verträgen des Bauers mit ſeinem Nachfolger, oder der Wittwe

8) L. 5 §. 3. l. 6 ad legem Aquiliam; l. 13 §. 4 locati conducti. Intereſſant iſt, daß hier gegen den das Züchtigungsrecht mißbrauchenden Lehrherrn die actio locati (neben der aquiliſchen) gegeben, die actio injuriarum jedoch ausgeſchloſſen wird.

9) Daß dieſes Pachtverhältniß häufig vorkam, ſehen wir aus dem Sachſenſpiegel namentlich III 45 §. 6 und der Gloſſe zu dieſer Stelle: „Das (die landſeten) ſind hofeleute, meyere, den man gut leſt, die man verweyſen magk, die ſind geſte auff dem gut, die kommen und ziehen wider wegk.“

10) Ein ſolches Verhältniß führt, wie ſchon oben bemerkt wurde, mit Nothwendigkeit zur Annahme eines dinglichen Rechts.

und des Gutserben mit dem einheirathenden Wirth. — Wollte man den römiſche Pacht mit den Augen, mit welchen der Verf. die germaniſchen Rechtsinſtitute zu betrachten pflegt, beſchauen, ſo böte derſelbe eins der ſchönſten Beiſpiele von Aufnahme ſittlicher Momente. Die remissio mercedis ſtellte ſich einer derartigen Betrachtungsweiſe etwa ſo dar: das Verhältniß zwiſchen Verpachter und Pachter iſt ein ſo nahes, daß erſterer ſich nicht zum Schaden des letzteren bereichern darf; obgleich er ein Recht auf den ganzen Pachtzins hat, ſo muß er doch, wenn Mißjahre eingetreten ſind, billiger Weiſe am Zins ſich kürzen laſſen; umgekehrt darf aber auch der Pachter nicht zum Nachtheil des Verpachters ſich bereichern, wenn er daher in dem einen Jahre eine beſonders günſtige Aernte erzielt hat, braucht er zwar keinen höheren Zins zu geben, hat aber nicht Anſpruch auf Erſatz des Schadens in anderen Jahren oder muß den durch Nachlaß erfolgten Erſatz reſtituiren. Dem gegenüber ließe ſich die ſtrenge Execution des Zinſes im germaniſchen Recht ſtellen und die ausnehmende Härte des Rutſcherzinſes. Auch die Beſtimmung der l. 3 C. de locato et conducto ließe ſich nach der Art des Verfs. ſo erklären, daß es unſittlich ſein würde, wenn der Miether auf dem ihm zuſtehenden Recht zum offenbaren Nachtheil des Vermiethers beſtehen wollte und daß er daher, wenn dieſer das vermiethete Haus ſelbſt brauche, ihm weichen müſſe. Dem gegenüber könnte man in dem Satz „Kauf bricht nicht Miethe“ eine unbillige Härte finden, indem die Unbilligkeit des Miethers, welcher, ſtatt eine billige Entſchädigung ſich gefallen zu laſſen, auf ſeinem Recht beſteht, wohnen zu bleiben, den Vermiether verhindert, ſein Haus in vortheilhafter Weiſe zu verkaufen.

Doch überlaſſen wir derartige Argumentationen dem Verf. und fragen, ob denn alle dauernden Contractsverhältniſſe im

germaniſchen Recht eine Einwirkung auf die ſittliche Stellung der Contrahenten haben. Daß dieß bei dem gewöhnlichen Pacht nicht der Fall iſt, haben wir geſehen, ebenſowenig iſt es der Fall bei der Miethe, auch der Rentkäufer und Verkäufer ſtehen ſich, abgeſehen von der Rentpräſtation, fremd und pflichtlos gegenüber, ebenſo Satzungsgläubiger und Schuldner; keineswegs iſt es alſo eine gemeinſame Eigenſchaft aller dauernden Verträge, ein beſonders ſittliches Verhältniß unter den Contrahenten herbeizuführen. Wenn anderen Theils bewieſen iſt, daß auch das römiſche Recht Verträge mit ſittlichem Inhalt neben dem rechtlichen mit und ohne Einwirkung beider auf einander kennt — ſo zeigt ſich, daß auch hier wieder die von dem Verf. urgirte principielle Verſchiedenheit nicht exiſtirt.

§. 32.

Die Organiſation des ökonomiſchen Verkehrs.

Unter dieſer Ueberſchrift werden zuerſt aus dem Princip der natürlichen Freiheit, nach welchem die Menſchen berechtigt, aber nicht verpflichtet ſeien, zur Befriedigung ihrer verſchiedenen Bedürfniſſe Verträge mit einander zu ſchließen, die Conſequenzen entwickelt,

1) daß jedem die Wahl ſeiner Erwerbsthätigkeit unbedingt frei ſtehe;

2) daß die Art und Weiſe, wie der Einzelne das von ihm ergriffene Gewerbe treiben wolle, ganz ſeinem ſubjectiven Ermeſſen überlaſſen bleibe, daß er daher auch beliebig gute und ſchlechte Waaren produciren, beliebig hohe und niedrige Preiſe fordern, die Noth und Unkenntniß der Mitcontrahenten zur Erlangung ſittlich unerlaubter Vortheile benützen, dieſelben über den wahren Werth der Waaren und Arbeit in unredlicher Weiſe täuſchen dürfe;

3) daß der Producent auf ſeinen Mitproducenten nicht Rückſicht zu nehmen habe.

Dieſe Sätze werden als die Principien bezeichnet, nach welchen der römiſche Verkehr organiſirt ſei, und nur in Bezug auf die unter Nr. 2 vorgetragenen Sätze wird bemerkt, daß eine conſequente Durchführung dieſes Princips wegen der äußerſten Erſchwerungen des Verkehrs practiſch kaum möglich geweſen ſei, weßwegen denn auch durch das prätoriſche und ädilitiſche Recht der Benachtheiligte mindeſtens gegen einen nicht leicht zu durchſchauenden Betrug u. ſ. w. geſchützt worden ſei. Ferner ſei auch der Staat bei manchen Verträgen, bei welchen die Gefahr, daß jemand durch Leichtſinn oder ſorgloſe Ausbeutung ſeiner augenblicklichen Noth gänzlich ruinirt werde, ſehr groß ſei, exceptionell eingeſchritten.

Dieſem Princip der Freiheit gegenüber wird die Organiſation des Verkehrs nach ſittlichem und germaniſchem Princip entwickelt. Zwar ſei es ſittlich erlaubt, für Waare und Arbeit einen Preis zu begehren und aus dem Austauſch von Waare und Arbeit gegen Lohn einen entſprechenden Vermögensvortheil zu ziehen, nur ſolle dieſer nicht alleiniger Zweck des Gewerbsbetriebs ſein, ſondern nur ein angemeſſener Lohn für die der Geſammtheit durch Producent und Kaufmann geleiſteten Dienſte. Der höhere ſittliche Zweck der Induſtrie und des Handels ſei nicht Bereicherung der Producenten, ſondern die Production und Vertheilung der zur Befriedigung der verſchiedenen Lebensbedürfniſſe dienenden materiellen Güter. Daher ſei der Fabricant ſittlich nicht berechtigt, ſchlechte Waare zu liefern, möglichſt hohe Preiſe zu fordern, die Abnehmer zu übervortheilen und zu betrügen u. ſ. w. Das Recht, Handel und Gewerbe zu treiben, ſei ein ſittlich beſchränktes, ein *Amt*, welches dem Berechtigten um eines höheren ſittlichen Zwecks willen verliehen, und welches er dieſem Zweck gemäß

zu verwalten ſchuldig ſei, wie ſich dieß auch in dem Namen Handwerksamt, officium, ausſpreche. Wegen der Gefahr unſittlicher Uebervortheilung verſtehe es ſich von ſelbſt, daß der Staat vermöge ſeiner Aufgabe, das Recht zu ſtärken und das Unrecht zu kränken, den Verkehr nicht gehen laſſen dürfe, wie er eben gehen wolle, ſondern denſelben unter ſeine ſpecielle Fürſorge und Aufſicht nehmen müſſe. — Unter der Form der Deduction von Principien aus dieſer Amtsnatur und dieſem Aufſichtsrecht wird nun von S. 287—300 ein Panegyricus eines durch ſtaatliche Bevormundung und kleinbürgerlichen Krämerſinn in engſte Schranken eingezwängten Verkehrs geliefert. Nicht zu verkennen iſt bei dieſer Darſtellung die Gewandtheit, mit welcher lediglich hiſtoriſch zu erklärende Erſcheinungen [1]) aprioriſtiſch conſtruirt werden [2]).

---

1) Man vergleiche z. B. die Erklärung des Satzes, daß Handel und Gewerbe nur in den Städten getrieben werden dürfen (S. 298 N. 11), oder den Ausſchluß der unehelichen Kinder aus den Zünften (S. 289).

2) Freilich ließe ſich Stapel- und Niederlagsrecht, Straßenzwang und Krahnrecht auch in ähnlicher Weiſe rechtfertigen. Es iſt billig, könnte man ſagen, daß diejenigen Städte, welche durch Anlagen von Straßen und Sicherung des Transports den ununterbrochenen Verkehr ermöglichen, auch von den Fremden, zu deren Gunſten dieß geſchieht, eine billige Entſchädigung genießen. Wollte der Kaufmann, welcher bei ſchlechtem Wetter und in unſichern Zeiten die gute und ſichere Straße wählt, dieſelbe in anderen Zeiten der Abgaben wegen vermeiden, ſo würde er undankbar und darum unſittlich und widerrechtlich handeln. Gebraucht ein Einwohner der Stadt, welche dem durchziehenden Kaufmann Schutz gewährt, von deſſen Waaren und will ihm dieſelben um den entſprechenden Preis abkaufen, ſo handelt dieſer gegen die concret gewordene Pflicht, Anderen in rechtlichen und ſittlichen Dingen beizuſtehen, wenn er etwa mit Rückſicht darauf, daß er anderswo einen höheren, ſittlich nicht gerechtfertigten Preis erzielen kann, den Verkauf verweigern wollte. Das Krahnrecht könnte in ähnlicher Weiſe gerechtfertigt werden durch

Darin liegt aber auch die Fehlerhaftigkeit der Darstellung und die Unbrauchbarkeit derselben für unseren Zweck. Will man die Organisation des Verkehrs verschiedener Völker vergleichen, so muß man vor allen Dingen den Boden untersuchen, auf welchem sich dieselbe ausgebildet hat, die politischen, socialen, mercantilen Verhältnisse erforschen und neben einander stellen, ferner die verschiedenen Entwickelungsstufen aus einander halten, vor Allem aber nicht nach einem im Voraus festgestellten Princip die Thatsachen auswählen und zurecht legen. In der Darstellung des Verfs. findet sich nun aber nicht nur keine Spur derartiger Untersuchungen [3]), sondern es geht auch aus derselben hervor, daß er dergleichen nicht angestellt hat; er unterscheidet ferner die verschiedenen Zeiten nicht, sondern spricht einfach den Römern jede Rücksicht auf das Gemeinwohl ab, so daß sich die Organisation des Verkehrs eigentlich als Nichtorganisation darstellt; er greift endlich eine beliebige Entwickelungsstufe heraus und verfährt in der willkürlichsten Weise mit den Thatsachen. Daß in Rom Handwerkercollegien vorhanden waren und unter Controle der Magistrate standen, wird mit Stillschweigen übergangen. Ich bin natürlich weit entfernt, dieselben mit unseren Zünften zu identificiren oder nur annähernd zu vergleichen, aber wenn man die Organisation des Verkehrs beider Völker behandelt, sind derartige Institute doch jedenfalls zu berühren und sicherlich widerspricht es doch dem aufgestellten Princip, daß der Staat sich nach dieser Richtung um das Gemeinwohl nicht bekümmert habe, wenn wir aus der Anführung einer lex Metella fullonibus dicta

---

die Sorge, daß der Kaufmann gutes Gewicht liefere und weder die Zollbehörden noch die Käufer benachtheilige u. s. w. u. s. w.

3) Die von Jhering B. II §. 34 mit Recht hervorgehobene Einwirkung der Sclaverei auf das Verkehrsleben der Römer wird nicht einmal angedeutet.

erſehen, daß die ſtaatliche Controle ſich auch auf den Gewerbsbetrieb der Collegien erſtreckt hat. Wie ſtimmt es ferner mit dieſem Princip, daß die Collegien verpflichtet waren, ſich nöthigenfalls dem Staat zur Verfügung zu ſtellen, wozu ebenfalls Private, z. B. die Schiffseigenthümer, verpflichtet waren? Von den exorbitanten Beſchränkungen der perſönlichen Freiheit, wie ſie in der ſpäteren Kaiſerzeit in Betreff der Erblichkeit und der Gebundenheit einzelner Collegien im öffentlichen Intereſſe[4]) eingeführt waren, der (allerdings nur vorübergehenden) Limitirung aller Waarenpreiſe, der Einführung neuer Magiſtrate zur Controlirung des Verkehrs geſchieht keine Erwähnung. Die Organiſation der Annona, wodurch ein ganzer Handelszweig und gerade der wichtigſte unter die ſpecielle Aufſicht des Staats und zwar nicht im fiscaliſchen Intereſſe, ſondern in dem der conſumirenden Bürger geſtellt wurde, exiſtirt für den Verf. nicht — „eine Rückſicht auf das Gemeinwohl iſt dem römiſchen Verkehrsrecht fremd".

So ſchädlich aber ein ſolches Verfahren des Verfs. bei der Behandlung anderer Materien iſt, ſo hat es im vorliegenden Fall doch keine beſonderen Nachtheile, denn die ganze Frage gehört nicht hierher. Was hat die Beſchränkung des gewerbsmäßigen Betriebs von Handel und Gewerbe, was hat im Einzelnen das Verbot, zwei offene Laden zu halten oder ein uneheliches Kind in die Zunft aufzunehmen, mit dem Weſen der Obligation zu ſchaffen? Es wird daher auch hier nicht weiter auf die Organiſation des Verkehrs eingegangen, und es ſoll die Argumentation des Verfs. nur noch in ſo fern beleuchtet werden, als ſie ſich auf das Obligationenrecht bezieht.

4) Ob das öffentliche Wohl dadurch wirklich befördert wurde, iſt für unſere Betrachtung gleichgültig, es kömmt ja nur auf die Tendenz des Rechts an.

Wenn der Verf. unter Nr. 2 behauptet, das römiſche Recht erlaube unredliche Täuſchung des Mitcontrahenten über den wahren Werth der Waare und der Arbeit, wenn er ferner behauptet, ſtreng genommen habe ſelbſt weder wirklicher Betrug nach Drohung den Contract ungültig gemacht und das alte Civilrecht erkenne dieß als Princip namentlich bei den stricti juris Contracten an, eine Abweichung davon aber habe nur wegen der practiſchen Undurchführbarkeit ſtattgefunden — ſo liegt hierin eine ſo ſtarke Verkennung des römiſchen Rechts, als nur in irgend einer andern Stelle des Buchs eine ſolche enthalten iſt. Der Verf. bezieht ſich zum Beweis ſeines erſten Satzes auf den ſo oft gemißbrauchten Ausſpruch: in emendo et vendendo naturaliter concessum est se invicem circumscribere. Wie iſt es denkbar, daß man das Princip, daß unredliche Täuſchung erlaubt ſei, mit Bezugnahme auf einen bonae fidei Contract ausſpricht, von welchem ausdrücklich erklärt wird, daß bei ſeiner gerichtlichen Geltendmachung jeder Dolus von dem Arbiter zu berückſichtigen iſt? Wie kann ferner ein römiſcher Juriſt dazu kommen, ein dem poſitiven römiſchen Recht angehörendes Princip mit den Worten „naturaliter concessum est," „naturaliter licet" zu proclamiren? Liegt nicht gerade in dieſen Worten die Erklärung, daß es der thatſächlichen Natur des Kaufs entſpreche, daß der Käufer ſo wohlfeil als möglich zu kaufen, der Verkäufer möglichſt theuer zu verkaufen ſuche [5]) und daß

5) Vgl. die Darſtellung des l. 8 C. de rescind. emt. vendit. wo, nachdem das thatſächliche Verfahren beim Abſchluß eines Kaufs dargeſtellt worden, es ausdrücklich als der bona fides zuwider laufend erklärt wird, den Kaufvertrag wegen nicht entſprechenden Verhältniſſes zwiſchen Waare und Preis aufzuheben, wenn nicht etwa die Gegenleiſtung ſo gering war, daß ſie nicht mehr als Preis und daher das Geſchäft nicht mehr als Kauf angeſehen werden konnte.

deßwegen das Recht auch daran', daß der Preis dem Werth der Waare nicht völlig angemeſſen ſei, keinen Anſtoß nehmen dürfe, vorausgeſetzt, daß nicht unredliche Mittel gebraucht worden ſeien, wie gleich die folgende Stelle [6]) ausdrücklich erklärt. Wenn das alte Civilrecht kein Mittel gewährt, die Unfreiheit des rechtlichen Willens einer stricti juris actio gegenüber geltend zu machen, ſo liegt dieß in der oben beſprochenen Unbeholfenheit des älteſten Obligationenrechts, es kann aber darin nicht eine Anerkennung, ein Erlaubtſein des Dolus gefunden werden. Das Recht hatte ſich noch nicht zu der Höhe erhoben, die Nothwendigkeit der unbedingten Freiheit des rechtlichen Willens anzuerkennen. Erſt eine größere Verfeinerung des Rechts konnte zur Berückſichtigung dieſer neuen Momente gelangen, und zwar geſchah dieß zuerſt nur in einzelnen Fällen, bis man ſich zur Aufſtellung eines allgemeinen Princips erhob [7]). Die Art und Weiſe, wie ſich die römiſchen Juriſten über die wegen dolus, metus, error gegebenen Rechtsmittel ausſprechen, zeigt auf das Deutlichſte, daß dieſelben nicht in der äußeren Abſicht gegeben ſind, den Verkehr zu erleichtern [8]), ſondern aus dem Bedürfniß hervorge-

6) L. 23 locati conducti: si nullus dolus adversarii probari possit.

7) Ueber die Vermittlung dieſer Anerkennung durch den Rechtsgang bei bonae fidei judicia ſ. o. S. 453.

8) Iſt irgendwo in den römiſchen Quellen erwähnt, daß die doli exceptio oder actio propter utilitatem eingeführt ſei; heißt es nicht gleich in der erſten Stelle des Titels de doli mali exceptione: Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit? Ja, man könnte ſogar verſucht ſein, dem römiſchen Recht eine zu große Berückſichtigung der innern Rechtsidee zum Nachtheil des Verkehrs zum Vorwurf zu machen. Es genügt, hierfür auf die particularrechtlichen Beſchränkungen des ädilitiſchen Edicts und auf manche Parömien Bezug zu nehmen, welche, das Bedürfniß des Verkehrs hervor-

gangen ſind, das feinere Rechtsgefühl (aequitas) dem roheren formellen Recht gegenüber zur Anerkennung zu bringen, den Satz summum jus, summa injuria unwahr zu machen. Nachdem das Princip einmal aufgeſtellt war, wurde es auch in wunderbar ſchöner Weiſe im Einzelnen ausgebildet und ſo gehört gerade die Lehre von der rechtlichen Willensfreiheit zu denjenigen Lehren, welche als dauernde Errungenſchaften der Jurisprudenz in jedem gebildeten Recht zur Anerkennung kommen müſſen.

Und nun das deutſche Recht. Iſt es denn wirklich ſo ſelbſtverſtändlich, daß dieſes die Freiheit der rechtlichen Willenserklärung anerkannt hat, daß man nicht einmal den Verſuch zu machen für nöthig hält, es zu beweiſen? Mit allgemeinen Raiſonnements aus willkürlich aufgeſtellten Principien iſt hier nichts gewonnen, es gilt, die formulirten Sätze nachzuweiſen über den Einfluß von Irrthum, Betrug, Zwang. Dieſer Nachweis iſt nun aber freilich unmöglich. Einzelne Sätze finden ſich allerdings vor, z. B. über Mängel verkaufter Thiere oder über die Unverbindlichkeit des in der Gefangenſchaft gegebenen Verſprechens — aber ein Princip ſelbſt iſt in rein germaniſchen Quellen nirgends formulirt [9]). Mit dem-

---

hebend, mitunter die Motive einer abändernden Rechtsbildung geworden ſind, z. B. Augen für Geld; wer die Augen nicht aufthut, muß den Beutel aufthun; Handel iſt Handel u. ſ. w.

9) In der lex Baiuwariorum XV. 2. 2. findet ſich zwar eine allgemeine Erklärung, daß ein zwangsweiſe erpreßter Kauf nichtig ſein ſolle. Dieſe Stelle iſt aus der weſtgothiſchen Antiqua (l. Wisigoth. V, 4, 3) entnommen, welche in dieſem Satz begreiflicher Weiſe nicht als rein germaniſche Quelle angezogen werden darf. Zu bemerken iſt aber noch die Beſchränkung, welche die lex Baiuwariorum den Worten violenter et per metum extorta, gibt: metu mortis aut per custodiam. — Nicht ohne Intereſſe iſt die Beobachtung, daß die größere Hälfte der von der bairiſchen Lex aus dem weſtgothiſchen

ſelben Recht, mit welchem der Verf. dem alten Civilrecht eine Anerkennung des Betrugs zuſchreibt, könnte man dieſe alſo auch im ältern germaniſchen Recht finden, und richtig den Satz aufgefaßt, berückſichtigt dieſes in der That die rechtliche Willensfreiheit eben ſo wenig als jenes. Der Reinigungseid hilft natürlich auch hier [10]), ſobald der Wille nicht vor Gericht erklärt war. Daß eine gerichtliche Willenserklärung oder, wo einer ſolchen gleiche Kraft zukömmt, eine durch (vor und mit Zeugen aufgenommene) Urkunde confirmirte Erklärung wegen Zwangs, Betrugs, Irrthums angefochten werden konnte, iſt mit der geſammten Anſchauung des germaniſchen Rechts unverträglich [11]). Aber auch das ſpätere Recht bildete dieſe Lehre keineswegs aus, ſondern entlehnte nur aus dem römiſchen Recht, wie dieß ſchon früh hier und da geſchehen [12]), einzelne Sätze, ſo daß die Nothwendigkeit der rechtlichen Willensfreiheit erſt mit der Reception des römiſchen Rechts in Deutſchland principiell anerkannt ward, dann aber auch, wie es nicht anders möglich war, die rein römiſche Lehre zur Anwendung kam. Der Verf. geht, wie bemerkt, gar nicht auf das alte Recht ein, ſondern bezieht ſich auf die Organiſation des Verkehrs, wie ſie in der ſpäteren Zunftverfaſſung ausgebildet war. Was folgt aber aus dieſer? Daß in Zeiten, in welchen durch die Aufnahme des römiſchen Rechts das Obligationenrecht ſchon eine hohe Stufe der Ausbildung erlangt hatte, eine policeiliche Beaufſichtigung und Beſchränkung

---

Rechtsbuch entnommenen Stellen auf die beiden Titel de commendatis und de venditionibus kömmt.

10) Siehe o. S. 460 ff.

11) In der ſpäteren Zeit wurden betreffende Clauſeln in die Vertragsurkunden aufgenommen. S. Häberlin, Bearb. der freiſinger Urkunden S. 104.

12) S. o. N. 9.

des kleinen Handels- und Gewerbsverkehrs ſtattfand, daß in manchen Zweigen gegen diejenigen Verkäufer, welche ſchlechte Waaren lieferten, ex officio eingeſchritten wurde, daß zum Austrag mancher Arten von Streitigkeiten ein beſonderes forum und ein ſchleuniger Rechtsgang feſtgeſetzt war, daß bei ſolchen Verträgen, bei welchen das römiſche Recht die Beurtheilung der Erfüllung dem arbitrium boni viri unterwirft, beſtimmte Perſonen als arbitri beſtellt waren, daß betrügeriſchen Gewerbsleuten ihr Gewerbsbetrieb unterſagt werden konnte. — Alles in gewiſſem Sinne zweckmäßige und zum Theil unentbehrliche Sätze; aber folgt daraus eine von der römiſchen verſchiedene Auffaſſung des Weſens der Obligation? Auch die Römer kannten eine Beaufſichtigung des Kleinverkehrs: die Aedilen hatten die Aufſicht und Jurisdiction über den Marktverkehr, ſie ſahen auf richtiges Maß, ſie erkannten in Kaufſachen, wenn Mängel verſchwiegen waren; der praefectus urbi hatte darauf zu ſehen, daß die Geldwechsler in jeder Weiſe ehrliches Geſchäft trieben, daß die Fleiſchtaxe eingehalten wurde, er konnte die Befugniß, Handel zu treiben, auf Zeit und auf immer entziehen u. ſ. w.; auch die Wirthe unterlagen einer beſonderen Beaufſichtigung.

Zweites Capitel.

Obligationen aus anderen Gründen.

§. 33.

Die Privatdelicte.

Der Verf. iſt ſichtlich in Verlegenheit, wie er in der Behandlung der Privatdelicte eine principielle Verſchiedenheit des römiſchen und germaniſchen Rechts finden will. Ohne einen

allgemeinen Satz aufzuſtellen, beſchränkt er ſich auf einige einzelne „Andeutungen.“ Hinſichtlich der Behandlung der Injurie bezieht er ſich auf das in §. 18 darüber Vorgebrachte, es kann daher auch lediglich auf das oben S. 159 ff. darüber Geſagte Bezug genommen werden. Ebenſo wird auch hinſichtlich des Diebſtahls auf §. 25 verwieſen, vergl. darüber oben 331—335. Jedoch wird hier noch darauf Gewicht gelegt, daß „das römiſche Recht den Diebſtahl nur als ein geringfügiges Privatdelict, das germaniſche Recht dagegen als ein unter Umſtänden mit dem Strange zu beſtrafendes Criminalverbrechen auffaßte“, und „dieſe Verſchiedenheit aus der Verſchiedenheit der römiſchen und germaniſchen Anſicht über das Verhältniß des Rechts zur Sittlichkeit deducirt.“ Obgleich man nun hiergegen einwenden könnte, daß das furtum nicht als geringfügiges Privatdelict aufgefaßt wird, ſondern als hauptſächlichſtes, daß das furtum manifestum in der alten Zeit mit einer öffentlichen Strafe belegt war und in der erſten Kaiſerzeit das furtum überhaupt öffentlich beſtraft zu werden pflegte, daß in den älteſten Zeiten der Diebſtahl nicht bei allen germaniſchen Stämmen und nicht jeder Diebſtahl eine öffentliche Strafe nach ſich zog, daß in mancher Beziehung die Behandlung des Diebſtahls in beiden Rechten große Aehnlichkeit hat [1]), ſo muß doch die principielle Verſchiedenheit in der Auffaſſung des Diebſtahls für das alte Recht im Allgemeinen allerdings zugeſtanden werden. Dieſelbe kann aber nicht als Beleg für die Richtigkeit des Princips des Verfs. gebraucht werden. Da hier nicht auf das gegenſeitige Verhältniß des römiſchen und germaniſchen Strafrechts eingegangen werden ſoll, ſo will ich mich nur zur Begründung dieſer

1) Z. B. in der Verpflichtung des Diebes, den mehrfachen Werth der geſtohlenen Sache zu erſetzen, in der Hausſuchung nach geſtohlenen Sachen. Grimm, Rechtsalterthümer S. 639 ff.

Behauptung auf die Behandlung eines anderen Verbrechens beziehen, bei welchem gerade die entgegengeſetzte Anſchauung vorhanden iſt. Tödtung eines Freien wird im altgermaniſchen Recht offenbar als Privatdelict behandelt, im altrömiſchen Recht aber zieht dieſelbe öffentliche Strafe nach ſich. Die Schlußfolgerung nach der Methode des Verfs. ergibt ſich von ſelbſt. — Der Verf. findet ferner darin, daß bei Körperverletzungen neben dem Schadenserſatz noch ein Schmerzensgeld gegeben werden müſſe, eine charakteriſtiſche Billigkeit des germaniſchen Rechts. Von einem neben der Buße herlaufenden Schmerzensgeld weiß das alte Recht nichts, die Buße ſelbſt hat nicht die feinere Natur eines Schadenserſatzes, d. h. nicht des Erſatzes eines in concreto äſtimirten Schadens, ſondern iſt ihrem Betrag nach abſolut und abſtract durch das Recht feſtgeſetzt [2]). Wenn nun das ſpätere deutſche Criminalrecht neben der öffentlichen Strafe und der Verpflichtung zum Erſatz des concreten Schadens noch die alte Buße unter dem Namen Schmerzensgeld beibehalten hat, ſo iſt dieß, mag man die Buße als Sühnegeld oder als Schadenserſatz auffaſſen, ungerechtfertigt, mag aber mit Rückſicht auf die Kleinlichkeit, mit welcher bei der Schadensberechnung verfahren zu werden pflegt, inſofern als billig erſcheinen, als dadurch der Beſchädigte auch für den nicht ſtreng liquidabeln Schaden einigen Erſatz erhält. Daß aber in dieſer billigen Rückſicht nicht ein charakteriſtiſches Zeichen der germaniſchen Rechtsanſchauung liegt, braucht nicht bemerkt zu werden und keinesfalls kann ſie dem römiſchen Syſtem zur Ermittelung des Schadens gegenüber geltend gemacht werden. — Ein weiterer Unterſchied wird endlich in der „Behandlung des caſuellen oder in Folge eines Nothſtands

2) Vergl. über das jedem alten Recht (nicht nur dem römiſchen) eigenthümliche Syſtem der abſoluten oder objectiven Aeſtimation Jhering a. a. O. B. II. S. 112 ff.

zugefügten Schadens" gefunden. Man ist berechtigt, zu erwarten, daß der Verf. sich für diese Behauptung auf den unzweifelhaften Satz des alten germanischen Rechts beziehen werde, daß auch der ohne Verschuldung zugefügte Schaden ersetzt werden, resp. auch für eine casuelle Verletzung Sühne gezahlt werden muß [3]). Aber wie mit seinem Grundprincip diesen Satz in Einklang bringen, welchen man, man mag ihn betrachten, wie man will, immer nur als das Product einer rohen, unbeholfenen Auffassung ansehen kann [4]). Das Recht fängt daher auch schon früh an, freilich oft in wunderlicher Weise den Satz zu mildern, bis er endlich mit der Aufnahme des römischen Rechts ganz ausgerottet wird. Auf diesen Satz des alten Rechts läßt sich aber der Verf. gar nicht ein, ignorirt denselben völlig und behauptet dagegen, „vom Standpunct des germanischen Rechts verstehe es sich zwar ebenfalls (wie von dem des römischen) von selbst, daß der Beschädigende, wenn er ohne Schuld in Folge eines Zufalls oder im Nothstand dem Andern einen Schaden zugefügt habe, nicht zum vollen Ersatz verbunden sein könne; eine andere Frage aber sei es, ob er den Schaden, den er doch einmal, wenn auch ohne seine Schuld, dem Andern zugefügt habe, nicht wenigstens mittragen müsse." Womit beweist der Verf. diesen abenteuerlichen Satz? Er fährt so fort:

3) Das alte Recht trennt Sühne und Schadensersatz nicht, beide gehen in einander über.

4) Wilda, Strafrecht der Germanen S. 552 stellt die dem Satz zu Grunde liegende Idee, natürlich ohne dieselbe zu rechtfertigen, so dar: „Der hatte die Last des Geschickes zu tragen, der gleichsam das willenlose Werkzeug in der unsichtbar lenkenden Hand gewesen, nicht derjenige, welcher dadurch eigentlich betroffen schien." Muß nicht jede gebildetere religiöse Auffassung gerade das Werkzeug als solches freisprechen und dem „eigentlich Betroffenen" die Tragung des Schadens zusprechen?

„und von dieſem Geſichtspunct aus beſtimmt z. B. das hanſeatiſche Seerecht Tit. 10, daß alle ſolche Schäden an Schiffen, welche ohne Schuld des einen oder anderen Schiffers verurſacht werden, von beiden Theilen gemeinſchaftlich zur Hälfte getragen werden.“ Die hier angeführte Beſtimmung über die Tragung des durch Anſegeln entſtandenen Schadens findet ſich mit verſchiedenen Modificationen in vielen Seerechten, aber auch nur in Seerechten (reſp. nur in Betreff von Schiffsſchäden durch Anſegelung oder Zuſammenſtoß), ſie beruht aber keineswegs auf dem Princip, aus welchem ſie der Verf. erklärt, ſondern iſt aus dem Erfahrungsſatze hervorgegangen, daß die meiſten durch Anſegeln entſtandenen Schiffsbeſchädigungen durch gehörige Vorſicht hätten vermieden werden können, daß der Schaden alſo meiſt ein culpoſer iſt und daß, wenn die Culpa des einen Theils nicht evident iſt, dieſelbe meiſt auf beiden Seiten vorhanden iſt [5]). Dieſer Grund geht aus der Faſſung der einzelnen Rechte hervor, namentlich aber auch daraus, daß, wo ein Seerecht ſich feiner ausbildet, es den ſ. g. abbordaggio incerto in etwas eleganterer Weiſe ſo auffaßt, daß es die gemeinſchaftliche Tragung des reinen Caſus verwirft und nur, wenn nicht bewieſen werden kann,

5) Manche Seerechte laſſen daher das ſtilliegende Schiff, welches präſumtiv keine Culpa begeht oder deſſen Culpa (unpaſſender Ankerort, Nichtaushängen einer Laterne) regelmäßig bewieſen werden kann, nicht haften. Das hanſeatiſche Seerecht (Tit. 10 Art. 3) hat die völlig inconſequente Beſtimmung, daß, wenn ein caſuell von ſeinem Ankerplatz losgeriſſenes Schiff mit einem vor Anker liegenden zuſammenſtößt, beide Schiffe dann den Schaden tragen, wenn beide beſchädigt ſind, das anſtoßende Schiff hingegen, wenn es allein Schaden erleidet, dieſen allein trägt. Dieſe nach dem Grundſatz, von welchem ausgegangen wird, völlig inconſequente Beſtimmung, welche auch zu wunderlichen practiſchen Reſultaten führen kann, erklärt ſich aus einer allerdings auf halbem Wege ſtehen gebliebenen Reaction eines geſunden Rechtsgefühls gegen den „Billigkeitsgrundſatz.“

auf weſſen Seite Culpa vorhanden war, den Schaden auf beide Schiffe vertheilt [6]). — Das hanſeatiſche Seerecht von 1591 reſp. 1614 kann alſo nicht zum Beweis des von dem Verf. aufgeſtellten germaniſchen Princips über die Tragung des Caſus angeführt werden; andere Belege fehlen.

§. 34.

Geſetzliche Obligationen.

Der Verf. führt aus, daß, da nach der römiſchen Anſchauung die Menſchen einander rechtlich von Haus aus fremd und pflichtlos gegenüber ſtänden, es im römiſchen Recht natürliche Rechtspflichten eigentlich auch gar nicht geben könne, daß principiell als Entſtehungsgrund von poſitiven Pflichten nur Vertrag, Delict, Quaſivertrag, Quaſidelict gelten und nur ausnahmsweiſe ſittliche Pflichten aus Gründen der aequitas und utilitas zu Rechtspflichten erhoben ſeien, daß dagegen aus dem germaniſchen Princip, daß die Menſchen ſich in allen rechtlichen und ſittlichen Dingen beiſtehen müßten, eine große Menge von geſetzlichen Obligationen hervorgegangen ſeien, welche theils zwiſchen allen Menſchen gelten, theils zwiſchen ſolchen Perſonen, welche in einem beſonderen Verhältniß zu einander ſtänden. Dieſe Sätze ſind ſchon an verſchiedenen Stellen des Buchs vorgetragen und es iſt die Grundloſigkeit derſelben ſchon früher nachgewieſen worden, ſo daß auf das darüber Geſagte lediglich Bezug genommen werden kann. Ueber die Exiſtenz ſelbſtſtändiger Rechtspflichten im römiſchen Recht vergleiche oben S. 110 ff. Ueber die allgemein menſchlichen Pflichten, namentlich Pflicht der Gaſtfreund-

6) S. z. B. C. de Comm. 407. Pardessus droit commercial III No. 652, 653.

ſchaft u. ſ. w., iſt S. 332 ff. geſprochen worden [1]), über die Fraternitätspflichten ſ. S. 300, über die Nachbarpflichten [2]) S. 336 ff.

1) Den Verboten der Aufkäuferei laſſen ſich die römiſchen Verbote des ſ. g. Kornwuchers und des Geldwuchers gegenüberſtellen.

2) Hier dürfte noch auf die Stelle bei Cicero über die Auffaſſung der Nachbarſtreitigkeiten im Gegenſatz zu anderen Proceſſen (Puchta, Inſtitutionen B. II §. 154 N. c) aufmerkſam zu machen ſein.

Vierter Abſchnitt.

Das Erbrecht.

§. 35.

Entſtehung und Rechtsgrund der Erbfolge.

Darſtellung des Verfs. Das germaniſche Inteſtaterbrecht beruht nach dem Verf. auf der ſittlichen Stellung der Kinder und Verwandten des Verſtorbenen, welche ſchon bei deſſen Leben Beziehungen zu dem Vermögen deſſelben begründet und vermöge deren ſie die Nächſten zur Erbſchaft ſind. Daraus folgt, daß die ſittliche Nächſtberechtigung bei dem Tode des Erblaſſers bereits exiſtent iſt und den Erben deßwegen die Erbſchaft ohne Weiteres zufällt und ferner, daß die Verpflichtung, die Schulden des Erblaſſers zu zahlen, nicht über den Beſtand der Erbſchaft hinausgeht und nur diejenigen Schulden ergreift, mit denen die Erbſchaft zu belaſten der Erblaſſer ſittlich berechtigt war. — Die Geneſis des römiſchen Inteſtaterbrechts hingegen iſt nicht ſo einfach. Da die Römer ſittliche Pflichten nicht als rechtliche anerkennen, ſo können ſie auch die ſittliche Verpflichtung der Menſchen, die Nächſtberechtigung der Blutsverwandten zur Succeſſion in den Nachlaß des Verſtorbenen zu reſpectiren, nicht anerkennen. Sie müſſen deßwegen das Inteſtaterbrecht künſtlich conſtruiren. Im Zuſtand der natürlichen Freiheit exiſtirt kein Erbrecht, jeder kann ſich die durch den Tod eines Menſchen herrenlos gewordenen Gegenſtände aneignen. Dieß „Rechtsverhältniß“ wird durch die Gründung des Staats nicht verändert, „weil mit dem Tod des Menſchen natürlich auch ſeine Rechte an

dem von ihm beſeſſenen Vermögen aufhören", die Nachlaßgegenſtände ſind auch im Staat res nullius. „Eine Durchbrechung erleidet dieſes Princip jedoch vermöge der Art und Weiſe, wie die Römer die väterliche Gewalt conſtruiren, von vorn herein für den Fall, wenn der Verſtorbene Kinder hinterlaſſen hat." Da die Kinder nicht neben dem Vater beſtehende ſelbſtſtändige Perſonen ſind, ſondern nur eine Erweiterung der Perſönlichkeit deſſelben bilden, ſo wird das Rechtsſubject, welchem das Vermögen angehört, bei dem Tod des Vaters als forteriſtirend gedacht und Kinder ſuccediren ipso jure. „So kommen die Römer von ihrem Standpuncte aus wenigſtens für dieſen Fall zu einer Art von Erbfolge." Es lag nahe, jene Form der Succeſſion in Ermangelung natürlicher Kinder analog auszudehnen. Dieß geſchah durch wirkliche Arrogation oder durch einen Act, durch welchen man die Wirkungen der Arrogation bis zum Tode des Arrogirenden ausſetzte. Da nun aber die Römer regelmäßig die Erbſchaft den nächſten Verwandten am liebſten gönnten, und dieſe regelmäßig inſtituirten, ſo bildete ſich der Satz aus, daß, auch wenn kein Teſtament vorlag, der proximus agnatus als präſumtiver Teſtamentserbe des kinderlos Verſtorbenen berufen wurde. Dieſe Vermittelung der Erbfolge der Seitenverwandten durch die teſtamentariſche Erbfolge wird erwieſen dadurch, daß die Erbſchaft nach altem Civilrecht nur dem proximus agnatus deferirt wurde und erſt das ſpätere Recht zu einer successio graduum et ordinum kam, daß die mehreren Agnaten nicht in stirpes, ſondern in capita ſuccedirten, daß die Erbſchaft dem nicht zur Zeit des Todes, ſondern zur Zeit der Gewißheit des Nichtvorhandenſeins eines Teſtaments nächſten Agnaten deferirt wurde, endlich durch die Ausdrucksweiſe der XII Tafeln, und die Benennung als legitima hereditas, wodurch dieſelbe als „geſetzlich eingeführte," nicht als natürliche bezeichnet wurde. —

Ehe ich durch eine ſelbſtſtändige Darſtellung des gegenſeitigen Verhältniſſes beider Erbrechte eine Widerlegung der vorgetragenen Anſichten verſuchen werde, will ich im Voraus auf einige formale Widerſprüche in der Argumentation des Verfs. aufmerkſam machen, durch welche dieſe ſelbſt als unhaltbar ſich darſtellt.

Schon von vorn herein muß es Verdacht erregen, daß der Verf. in der Anerkennung der am Oefteſten vorkommenden, ich möchte ſagen, natürlichſten Art der Succeſſion, der der Deſcendenten, eine Durchbrechung des aufgeſtellten Princips erkennt. Da er ſelbſt keineswegs behauptet, daß die Succeſſion der Sui je nicht ſtattgefunden habe, ſo kann er auch in derſelben eine Durchbrechung des Princips nicht erkennen, daſſelbe würde vielmehr vom Anfang an nur die Nichterbberechtigung der Nichtdeſcendenten zu ſeinem Inhalt gehabt haben.

Der Verf. ſieht die agnatiſche Erbfolge als eine Nachbildung der teſtamentariſchen an und erklärt hieraus die Entſtehung mehrerer Sätze des römiſchen Erbrechts. Eine conſequente Durchführung des Grundgedankens des Verfs. würde aber gerade eine andere Geſtaltung des Erbrechts der Nichtſui bewirkt haben, und als Conſequenzen der von dem Verf. aus dieſem Grundgedanken abgeleiteten Conſtruction erſcheinen gerade die den aus dieſer deducirten entgegengeſetzten Rechtsſätze.

Der Verf. argumentirt folgendermaßen. Jeder Römer habe in Ermangelung von Kindern regelmäßig teſtirt, und da es keinem Zweifel unterliegen könne, daß er ſeinen Nachlaß in der Regel ſeinen „nächſten Verwandten“ lieber gegönnt habe, als cuilibet ex populo, ſo könne ohne Weiteres vorausgeſetzt werden, daß er regelmäßig, wenn er Niemanden gehabt habe, den er mehr liebte, den „proximus agnatus“

zum Erben eingeſetzt habe. Es habe daher angenommen werden dürfen, daß, wenn jemand ohne Kinder und Teſtament verſtorben war, er nur durch zufällige Umſtände an der Errichtung eines Teſtaments verhindert oder vom Tode überraſcht worden ſei und daß er muthmaßlich, wenn dieß nicht der Fall geweſen, in Ermangelung einer ihm noch theuereren Perſon ſeinen nächſten „Blutsverwandten" zum Erben eingeſetzt haben würde. Es habe daher nahe gelegen, generell feſtzuſetzen, daß, wenn jemand ohne Kinder und Teſtament verſtürbe oder die Teſtamentserben nicht antreten würden, der „proximus agnatus", als präſumtiver Teſtamentserbe des Verſtorbenen, ſo angeſehen werden ſolle, als ſei er wirklich inſtituirt.

Eine derartige Präſumtion ließe ſich allenfalls als möglich annehmen, wenn der Erblaſſer ohne Teſtament verſtorben iſt, ſchwieriger würde es ſchon ſein, wenn derſelbe mit Teſtament verſtorben iſt, und wol gar den üblichen Zuſatz: ceteri omnes exheredes sunto gemacht hat, der Inſtituirte aber nicht angetreten hat; hier wäre eine präſumtive eventuelle Abſicht anzunehmen — aber was wäre die rechtliche Wirkung der Anerkennung einer ſolchen präſumtiven Abſicht? Doch ſicher, daß die nächſten „Blutsverwandten", d. i. Cognaten zur Succeſſion berufen würden, nicht aber der proximus agnatus. Unerklärt blieben ferner gerade die Sätze, welche der Verf. durch die Entſtehung der agnatiſchen Erbfolge aus der teſtamentariſchen erklären will.

Wenn das Recht für den Fall, daß der eingeſetzte Teſtamentserbe, die dem Erblaſſer „theuerſte Perſon", nicht antritt, die präſumtive eventuelle Abſicht des Erblaſſers, die ihm nach dem eingeſetzten Erben zunächſt theure Perſon einzuſetzen, anerkennt und realiſirt, ſo mußte es auch, wenn die durch den präſumtiven Willen des ohne Teſtament verſtorbenen Erblaſ-

ſers zur Erbſchaft berufene theuerſte Perſon (der nächſte Agnat) nicht angetreten hatte, die eventuell auf die zunächſt theuere Perſon gerichtete präſumtive Abſicht anerkennen und folglich zu einer successio graduum gelangen und folgeweiſe auch zu einer successio ordinum. Wenn aber der Verf., um den Ausſchluß der successio graduum et ordinum zu rechtfertigen, auf die formelle Faſſung des Rechtsſatzes ſich beruft, und die agnatiſche Erbfolge als „eine auf geſetzlicher Sanction beruhende Generalinſtitution beziehungsweiſe Subſtitution des proximus agnatus beziehungsweiſe der Gentilen als Teſtamentserben" bezeichnet, ſo läßt es ſich hiermit wieder nicht vereinigen, warum nicht derjenige Agnat berufen wurde, welcher zur Zeit des Todes der nächſte war. Die geſetzliche Inſtitution oder Subſtitution mußte als der teſtamentariſchen nachgebildet im Moment des Todes wirkſam, der dann nächſte Agnat inſtituirt und ſubſtituirt ſein. Hinterläßt der Erblaſſer eine ſchwangere Wittwe oder einen suus in feindlicher Gefangenſchaft, ſo müßte nach der Anſicht des Verfs. der zur Zeit des Todes des Erblaſſers nächſte Agnat ganz in derſelben Lage ſein, wie der unter der Bedingung, daß ein Poſthumus nicht lebend geboren werde, der suus nicht aus der Gefangenſchaft zurückkehre, teſtamentariſch Inſtituirte, er alſo und nicht der zur Zeit der Erfüllung der Bedingung nächſte Agnat berufen ſein; ebenſo erſchiene, wenn der Erblaſſer ein Teſtament hinterlaſſen hatte, der beim Tode nächſte Agnat wie ein teſtamentariſch Subſtituirter und müßte, wenn der Inſtituirte nicht antrat, zur Succeſſion gelangen.

Wie ließe ſich endlich, wenn die agnatiſche Erbfolge der teſtamentariſchen nachgebildet wäre, die dem Teſtamentserben abgehende Fähigkeit, die Erbſchaft vor dem Antritt zu veräußern, rechtfertigen?

Eine Verſchiedenheit des römiſchen und germaniſchen Erbrechts in ſeiner formalen Geſtaltung läßt ſich nicht in Abrede ſtellen, dieſe Verſchiedenheit entſpringt aber nicht aus einem verſchiedenen Rechtsgrund der Erbfolge, ſondern iſt die Folge davon, daß das uns bekannte älteſte römiſche Recht die Familie in einer anderen Stufe der Entwickelung aufgefaßt hat, als das älteſte germaniſche und daß ferner in dem älteſten römiſchen Recht das Obligationenrecht ſchon eine höhere Ausbildung hatte, als im alten germaniſchen Recht.

Oben (S. 184) iſt darauf aufmerkſam gemacht worden, wie die Familie als engſte und natürlichſte Verbindung urſprünglich die geſammte Perſönlichkeit umfaßt und ihre Verhältniſſe alle in ihrer Mitte regelt, ohne daß nach außen hin eine Verſchiedenheit zwiſchen der engeren und der weiteren Familie hervortritt und auch nach innen mag ſich dieſer Unterſchied noch keineswegs prägnant darſtellen. Die Sachen, welche der Einzelne inne hat, werden ihm von der Geſammtheit der Familie geſchützt, ja ſie ſind vielleicht noch gar nicht von dem Einzelnen ausſchließlich beſeſſen, ſondern von der Familie als Ganzem, wenigſtens mag dieß von den Immobilien, Heerden u. ſ. w. gelten; wenn aber auch ſchon der Beſitz des Einzelnen anerkannt iſt, ſo iſt er doch nur von der Familie anerkannt, welche ihn gegen Fremde ſchützt und vertritt; ſie erſcheint mithin nach außen als Rechtsſubject und es bleiben daher nicht nur, wenn der Beſitzer ſtirbt, die von ihm beſeſſenen Sachen innerhalb der Familie, ſondern der Beſitzer kann dieſelben gar nicht nach außen veräußern [1]). Der Staat in ſeiner fortſchreitenden Entwickelung übt begriffsmäßig eine zerſtörende Einwirkung auf die Familienverbin-

1) Daſſelbe gilt ſpäter noch für den Staatsbürger, welcher durch den Staat nach außen hin in ſeinem Beſitz geſchützt wird, deßwegen aber auch nicht nach außen hin veräußern und vererben kann.

dung, ja man kann vielleicht gerade in dieſe Einwirkung ſeine innere Entwickelung ſetzen. Der durch die Familie gewährte Schutz geht auf den Staat über und dieſer übernimmt allmälig die Realiſirung einer immer größeren Anzahl urſprünglich durch die Familie realiſirter ſittlicher Normen, es bildet ſich eine größere Anzahl von Rechten der Einzelnen aus.

Die Art der ſtaatlichen Einwirkung auf die Familie iſt nun bei verſchiedenen Völkern eine verſchiedene, hier tritt ſie früher und energiſcher, dort ſpäter und allmäliger auf. Verſchieden zeigt ſich auch dieſe Einwirkung in den älteſten römiſchen und den älteſten germaniſchen Zeiten.

Rom hat ſchon in den Zeiten, aus welchen uns einigermaßen ſichere Kunde geworden iſt, die Periode des Geſchlechterſtaats überwunden, wenigſtens in rechtlicher Beziehung, wenn auch noch nicht in ſocialer und religiöſer. Dieß zeigt aber gerade, daß die Geſchlechter nicht aus inneren Gründen ihre umfaſſende Bedeutung verloren haben, ſondern daß ſie der kräftig ſich entwickelnden Staatsidee erlegen ſind. Den vorhandenen Geſchlechtern wird ihre rechtliche Bedeutung entzogen, dazu kommt, daß ein großer Theil der allmälig als vollberechtigt anerkannten Bürger in einer Gentilverbindung nicht geſtanden hatten, wenigſtens nicht als vollberechtigte Mitglieder und daß in der Zeit, in welcher ſie ihre ſtaatliche Berechtigung erhielten, die Entſtehung einer weiteren Familienverbindung mit umfaſſenden Rechten nicht mehr möglich war. Die Römer waren aber trotzdem weit entfernt, der ſittlichen Zuſammengehörigkeit durch gemeinſame Abſtammung principiell jede Anerkennung zu verſagen, auf die öffentlich rechtliche Stellung des Einzelnen hatte dieſelbe zwar keinen Einfluß, aber in privatrechtlicher Beziehung war ſie anerkannt. In eminenter Weiſe war dieß in Betreff der Familie im engeren Sinn der Fall. Die Geſammtheit derjenigen Perſonen,

welche durch einen lebenden gemeinſamen Stammvater reſp. Ehemann zuſammengehalten war, bildete in privatrechtlicher Beziehung ein abſolut geſchloſſenes Ganze [2]). Dieſe prägnante Faſſung konnte aber die Familie nur dadurch erreichen, daß der römiſche Staat der weiteren Familienverbindung nicht etwa nur allmälig einzelne Rechte entzog, wodurch dieſe geſchwächt wurde und eine weitere Entziehung von Rechten möglich und gerechtfertigt ſchien, ſo daß in dieſer fortwährenden Wechſelwirkung von abnehmender Kraft und zerſetzender Einwirkung des Staats die Familie ſich allmälig rechtlich und ſittlich lockerte [3]), ſondern daß in einer Zeit, in welcher die Idee der Familiengemeinſchaft noch in völliger Stärke lebte, die volle rechtliche Realiſirung derſelben in weiterem Kreiſe aufgehoben reſp. (bei den Plebejern [4]) oder doch der Mehrzahl derſelben) unmöglich gemacht wurde. So blieb denn als Feld, auf welchem dieſe Realiſirung möglich war, nur die engere Familie übrig, und da dieſe ihrer Natur nach (namentlich wegen ihres geringen Umfangs) nicht als antiſtaatliche Verbindung erſcheinen konnte, der Staat aber auch noch keineswegs dahin gelangt war, als ſeine Aufgabe die Realiſirung einer möglichſt großen Anzahl von ſittlichen Normen anzuſehen, ſo blieb einerſeits die engere Familie in ihrer alten ſchon innerhalb des Geſchlechts innegehabten Competenz beſtehen und wurde andererſeits von den beſchränkenden Einwir-

2) S. o. §. 20.

3) Dieß iſt der Gang, welcher in Betreff der engeren Familie im ſpäteren Recht ſtattfindet. S. o. S. 200.

4) Möglicher Weiſe hat ſich deßwegen bei den Plebejern der Begriff der patria potestas ſchon früher feſtgeſtellt, als bei den Patriciern, da bei jenen die engere Familie nicht durch eine weitere Familie beſchränkt war und die Clientel ſchon früher ihre Bedeutung verloren haben mochte, als die Gentilverbindung.

kungen des Geſchlechts befreit, ſo daß ſie in ihrer Sphäre ganz an die Stelle des Geſchlechts trat, ihre Competenz daher erweitert und faſt abſolut wurde.

Aber auch die weitere Familie fand eine privatrechtliche Anerkennung. Freilich aber eine ſchwache und gerade um ſo ſchwächere, je ſtärker die der engeren Familie war. Weit entfernt, die Rechtsſubjectivität des Einzelnen in ſich aufgehen zu laſſen, beſchränkte ſie dieſelbe nicht einmal, wenigſtens war dieß in Betreff des Mannes, der ſich einer intellectuellen und moraliſchen Integrität erfreute, der Fall. Nur hinſichtlich der Frauen, Unmündigen, Furioſi und Prodigi übte ſie eine beſchränkende Wirkung auf die Rechte des Lebenden aus, ihre rechtliche Hauptwirkung beſtand in einem Anſpruch auf das Vermögen des Verſtorbenen.

Wenn nun aber hiernach die engere und die weitere Familie als zwei ganz verſchiedene Inſtitute erſcheinen, ſo iſt es begreiflich, daß auch die Verhältniſſe, welche in Folge des Tods einer Perſon eintraten, eine verſchiedene rechtliche Natur haben, jenachdem diejenigen Perſonen, für welche ſie begründet wurden, mit dem Verſtorbenen durch die engere oder durch die weitere Familie verbunden waren. Daher der Gegenſatz zwiſchen dem Erbrecht der Sui auf der einen, der Agnaten und Gentilen auf der andern Seite.

Bei den Germanen zeigt ſich weder ein ſo frühes noch ein ſo energiſches Zurückdrängen der rechtlichen Bedeutung der weiteren Familie. Es bildet ſich daher auch nicht der ſtrenge Gegenſatz zwiſchen engerer und weiterer Familie im Vermögensrecht aus. Zwar iſt, wie oben (§. 22) ausgeführt wurde, in den uns genauer bekannten Zeiten das rechtliche Verhältniß zwiſchen den Gliedern der weiteren Familie nach den meiſten Richtungen hin nicht von größerer Intenſität als bei den

Römern, zwar hat der germaniſche Vater analoge Machtvollkommenheit und übt dieſe nicht etwa als Organ der weiteren Familie aus (ſ. o. §. 20) — aber die urſprüngliche Vermögensgemeinſchaft der Familie hat im germaniſchen Recht noch ſtärkere Spuren zurückgelaſſen, als im römiſchen Recht. Soweit nun daraus Rechtsverhältniſſe hervorgegangen ſind, iſt eine ſpecifiſche Verſchiedenheit zwiſchen den Gliedern der engeren und weiteren Familie nicht vorhanden und eine Verſchiedenheit findet ſich namentlich nicht auf dem Gebiete des Erbrechts. Da aber die demgemäß entſtandenen Rechtsverhältniſſe ſowol für die Glieder der engeren als die der weiteren Familie gleichmäßig begründet ſind, ſo konnte nach dieſer Richtung hin eine ſpecifiſche Verſchiedenheit zwiſchen der engeren und der weiteren Familie ſich nicht bilden, und da dieſe Rechtsverhältniſſe namentlich ihre Wirkung hinſichtlich des Vermögens eines Verſtorbenen äußern, ſo mußte das Erbrecht der Glieder der engeren und das der Glieder der weiteren Familie eine gleichmäßige rechtliche Auffaſſung erfahren.

Verſuchen wir nun, durch eine Entwickelung der Hauptgrundſätze des alten römiſchen und des germaniſchen Erbrechts aus der verſchiedenen ſtaatlichen Anerkennung der Familienverbindung den Beweis zu führen, daß die Verſchiedenheit dieſer Grundſätze derſelben eben nur auf dieſer verſchiedenen Stellung des Staats zu der Familiengemeinſchaft beruht [5]).

Altes römiſches Erbrecht. — Die Art, wie die Römer das Verhältniß des Vaters zum Familienvermögen recht-

5) In der folgenden Darſtellung iſt auf diejenigen Puncte beſonders eingegangen worden, auf welche der Verf. in ſeiner Argumentation Gewicht legt.

lich conſtruiren, iſt, wie oben (S. 194) bemerkt wurde, als der ſittlichen Auffaſſung am meiſten entſprechend, innerlich gerechtfertigt. Wem die Sitte die Dispoſition über das Familienvermögen gewährte, der mußte nach außen hin als Subject deſſelben erſcheinen, eine Anerkennung irgend einer rechtlichen Gemeinſchaft der Familienglieder hinſichtlich des Vermögens wäre mit der Auffaſſung der engeren Familie als eines Ganzen, um deſſen Inneres das Recht ſich in keiner Weiſe bekümmert, nicht verträglich geweſen. Trotzdem ſind ſämmtliche Familienglieder im thatſächlichen Genuß des Familienvermögens, ſie erſcheinen daher thatſächlich als Subjecte deſſelben. Wird nun durch den Tod des Paterfamilias die Familie aufgelöſt, ſo bleibt dieſes thatſächliche Verhältniß doch unverändert, die Geſammtheit des Vermögens bleibt thatſächlich bei denjenigen, welche daſſelbe jetzt ſchon inne hatten. Da aber mit dem Wegfall des Vaters zugleich die ſittliche Beſchränkung der Familienglieder hinſichtlich der Dispoſition über das Vermögen hinwegfällt, dieſelbe auch bei der ſittlichen Gleichſtellung der Geſchwiſter nicht zu Gunſten eines der Familienglieder eintreten kann [6]), ſo muß nun auch das Recht nothwendig die einzelnen Familienglieder als Subjecte des Vermögens anerkennen. Das thatſächliche Verhältniß der Kinder zum Vermögen wird als rechtliches anerkannt, ſie ſtehen in einer communio, welche wie jede andere aufgelöſt werden kann, und zwar erfolgt dieſe Auflöſung der ſittlichen Stellung der Genoſſen entſprechend ſo, daß in stirpes getheilt wird. Daher betrachten die Römer die Succeſſion der Familienglieder in das väterliche Vermögen nicht als den Er-

6) Sind für einzelne Familienglieder die Bedingungen der Entſtehung einer neuen engeren Familie vorhanden, ſo entſteht dieſelbe mit allen Wirkungen.

werb eines neuen Rechts, welcher als Folge die Thatſache nach ſich zieht, aber auch einen rechtlichen Willensact vorausſetzt, ohne welchen er daher nicht ſtattfindet, ſondern das Recht tritt mit dem Tod des Vaters ohne Weiteres zur Thatſache und der Erwerb kann nicht nicht gewollt werden. Dieſe Auffaſſung liegt auch der Bezeichnung der ſuccedirenden Kinder als sui heredes zu Grunde und dieſe Bezeichnung wird von den Juriſten damit gerechtfertigt, quia domestici heredes sunt, et vivo quoque patre quodammodo domini existimantur [7]). Der Erwerb auch ohne betreffenden Willensact wird damit motivirt, daß statim morte parentis quasi continuatur dominium [8]). In Paulus' [9]) Conſtruction des Rechtsverhältniſſes des suus bezeichnet das quasi, quodammodo, videri nicht ein abgeſchwächtes rechtliches, ſondern das thatſächliche, reſp. ſittliche Verhältniß, welches als ſolches von directem Einfluß auf die rechtliche Faſſung iſt.

Eine nothwendige Folge dieſer Auffaſſung des Rechtsverhältniſſes der Kinder iſt es, daß dieſelben Subjecte nicht nur der Rechte an Sachen, ſondern auch der Obligationen werden, als deren Subject rechtlich der Vater, ſo lang er

---

7) Gajus II §. 157 und danach §. 2 J. de heredum qualitate.

8) §. 3 J. de hereditatibus quae ab intestato.

9) L. 11 D. de liberis et posthumis. In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur: unde etiam filiusfamilias appellatur, sicut paterfamilias, sola nota hac adjecta, per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur.

lebte, erſchien [10]). Die Univerſalſucceſſion war alſo hier durch die Natur des Verhältniſſes ſelbſt gegeben [11]).

Auf das Recht der Sui nach ſeinem Tod konnte der Familienvater vermöge ſeiner Rechte als Haupt der Familie unmittelbar nicht einwirken und eine mittelbare Einwirkung war mit großen Schwierigkeiten verbunden. Er mochte über die Vertheilung des Vermögens unter ſeine Kinder bei Lebzeiten beſtimmen, wie er wollte, ſo erhielten dieſelben doch nur Peculiarrechte, deren Beſtand an die Exiſtenz der Familie geknüpft waren, mit ſeinem Tod alſo aufhörten. Eine Dispoſition ſowol zum Nachtheil als auch zu Gunſten eines Kinds konnte er nur dadurch rechtsbeſtändig machen, daß er daſſelbe aus der Familie verſtieß und ihm ſo viel oder ſo wenig, als er beabſichtigte, augenblicklich zuwandte, damit aber auch freilich das Succeſſionsrecht den übrigen Kindern und den Agnaten gegenüber brach. Einem Fremden konnte er Vermögen nach ſeinem Tode nur dadurch zuwenden, daß er ihn künſtlich zum suus machte, ihn adoptirte, damit aber auch ſchon augenblicklich in die Familiengemeinſchaft aufnahm und ihn ſeiner eigenen Familie und Agnation entfremdete.

Um in einer einfacheren Weiſe die gewünſchten Reſultate

10) Nothwendige Vorausſetzung war freilich, daß die Obligation in das Familienvermögen gebracht war. Dieß war der Fall bei allen aus einem direct und unmittelbar auf Erzeugung von Obligationen gerichteten Willensact des Vaters hervorgehenden obligatoriſchen Rechten und Verpflichtungen, nicht aber bei Delictsobligationen, welche erſt durch Litisconteſtation activ und paſſiv in das Familienvermögen gebracht wurden. Weder der Verletzende handelte als Familienvater, noch kam bei dem Verletzten ſeine Eigenſchaft als Familienvater in Betracht; ſoweit freilich durch die Verletzung das Familienvermögen activ oder paſſiv betroffen war, ging die Klage auf die Erben über.

11) Ueber die Entwickelung des Begriffs der Univerſalſucceſſion in dem agnatiſchen Erbrecht ſ. u.

zu erzielen und auch nicht mehr zu erreichen als den beabsichtigten Zweck, war es erforderlich, daß die Möglichkeit der Perpetuirung des Willens des Familienvaters über die Existenz der Familie hinaus gegeben wurde. Diese Möglichkeit gewährte aber das Recht durch das testamentum comitiis calatis, an welches sich das in procinctu anschloß. Der in diesem Testament wirksame Wille ist lediglich der gemäß einem bürgerlichen Rechtssatz perpetuirte Wille des Familienvaters; nur nach dieser Auffassung kann das alte Testamentsrecht genügend erklärt werden.

Der testamentarische Wille wird als Wille des paterfamilias einerseits so weit gültig gefaßt, als die Befugniß des paterfamilias nach Familienrecht geht, andererseits ist er so weit wirksam, als er es innerhalb des bürgerlichen Rechts sein kann.

Betrachten wir zunächst die Wirkung hinsichtlich der Sui. Der Vater konnte bei Lebzeiten ein Kind aus der Familie ausstoßen, und dieses verlor dadurch alle Familienrechte. Dasselbe konnte durch Testament geschehen. Da dieser Act aber erst in dem Augenblick, wo die Familie zerfiel, wirksam wurde, so konnte die Folge nicht die sein, daß der Ausgestoßene sein caput familiae verlor, sondern nur die, daß er aus dem Vermögen ausgestoßen wurde, hingegen Agnat seiner Geschwister und der väterlichen Agnaten blieb. — Der Vater kann bei seinen Lebzeiten den Sohn in Adoption geben, durch Testament vermag er dieß nicht, da ja im Augenblick, wo dieß geschehen soll, die väterliche Gewalt aufhört, aber er kann ihn in dasjenige Verhältniß geben, welches auch bei ihm nach Auflösung des Familienbands inter vivos bleiben konnte — die Tutel, natürlich die Bedingungen dieses Verhältnisses vorausgesetzt. — Der Vater kann seinen Kindern bestimmte Theile des Vermögens zuweisen, dieselben be-

ſchweren: ſo wie dieſe Anordnungen, wenn er ſie bei Lebzeiten gemacht hatte, innerhalb des Familienrechts von Geltung geweſen wären, ſo ſind ſie es nun in Bezug auf die Conſequenzen der aufgelöſten Familie. Er macht ſie als Vater, alſo nach den Principien des Familienrechts, um ihren Inhalt bekümmerte ſich daher das bürgerliche Recht nicht, aber ſie kommen zur Wirkſamkeit gerade im Moment, wo die Familie und ihr Recht zerfällt, ſtatt des Peculiarrechts entſteht Eigenthum, dingliches Recht, Obligation. Der bisherige filius familias erwirbt aber dadurch nichts, ſondern das Familienvermögen zerfällt nur, ſtatt nach Köpfen oder Stämmen, nach der beſtimmten väterlichen lex: der Sohn braucht deßwegen nicht anzutreten, er kann auch nicht ausſchlagen, ſondern er hat den ihm gebührenden Theil des frühern Familienvermögens als ſein Vermögen.

Der paterfamilias konnte aber auch zu Gunſten Anderer, nicht bloß ſeiner Kinder disponiren. Es geſchah dieß dadurch, daß er, ſoweit er es vermochte, Fremde (d. h. Nichtſui) in die Stellung der Sui brachte. Bei Lebzeiten vermochte er dieß durch feierliche Aufnahme in die Familie. Die Erbeseinſetzung eines Fremden iſt der analoge Act mortis causa, ſoweit der pater adoptans dabei thätig war. Der ſ. g. [12]) Erbſchaftsantritt des sui juris aus eigener Machtvollkommenheit entſpricht dem Conſens des zu Arrogirenden, der Antritt des alieni juris jussu patris der in adoptionem datio des

12) Mit Danz, Lehrb. d. Geſch. des röm. Rechts, §. 144, nehme ich die cretio als die nothwendige feierliche Erklärung des comitiis calatis Inſtituirten. Wie der Erblaſſer coram populo erklärte, daß er den Inſtituirten zum quasi suus (d. h. mit Wirkungen der Suität nach ſeinem, des Erblaſſers, Tod) machen wolle, ſo erklärte der Inſtituirte durch die cretio, daß er quasi suus ſein wolle. Durch das Vorhandenſein beider Acte entſteht nun das beabſichtigte Rechtsverhältniß.

pater naturalis. Ganz aus denſelben Gründen, aus welchen der enterbte Suus ſein caput familiae nicht verlor, ſondern nur vom Vermögen ausgeſchloſſen war, erwarb der eingeſetzte Nichtſuus aber auch die Familie des Erblaſſers nicht total, ſondern nur nach ihrer vermögensrechtlichen Seite und behielt ſein caput familiae, er wurde nicht Agnat der Agnaten des Erblaſſers und blieb Agnat ſeiner Agnaten.

Ich lege zur Begründung des Satzes, daß das Teſtament lediglich auf der Perpetuirung des nach Familienrecht wirkſamen Willens des Familienvaters beruhe und daher die Erbeinſetzung des Nichtſuus ein Analogon der Adoption ſei, geringes Gewicht auf die von Gans[13]) angeführten Gründe, wie ich auch keineswegs behaupte, daß urſprünglich der Erbe wirklich adoptirt worden ſei, ſondern ſtütze mich auf einige bekannte Rechtsſätze, die mir nur ſo eine genügende Erklärung erfahren zu können ſcheinen.

Der eingeſetzte Suus hat durch die Einſetzung keineswegs eine andere Stellung erlangt, er iſt und bleibt Suus, einerlei, ob er allein oder mit Fremden eingeſetzt iſt. Er braucht nicht anzutreten, ja er kann es nicht einmal. Weiter ſchließt die Einſetzung eines Erben (eines Fremden oder eines Suus) die nicht eingeſetzten (präterirten) Sui nicht von der familia aus, ſondern beide ſuccediren neben einander, nach Teſtamentsrecht, wie man ſagt, nun ja, nach beſonders geregeltem Suitätsrecht. Dieß gilt freilich nur für die Nichtſöhne, aber auch die Ungültigkeit des Teſtaments, wenn ein

13) Das römiſche Erbrecht B. 2 S. 37 ff. Die S. 66 unter C. gegen den Einwurf, daß, wenn das testamentum calatis comitiis eine adoptio begründe, auch väterliche Gewalt entſtehen müſſe, vorgebrachte Behauptung, daß, „da die väterliche Gewalt ſelbſt in der Willkür der Gewalt ſei, auch an eine Entäußerung derſelben abſeiten des adoptirenden Vaters gedacht werden könne", iſt nach dem oben (§. 20) entwickelten Weſen der väterlichen Gewalt unhaltbar.

Sohn präterirt iſt, ſpricht gerade für die aufgeſtellte Anſicht. Daß dieſer Rechtsſatz, ſowie die Nothwendigkeit der namentlichen Enterbung des Sohns auf einer bevorzugten Stellung des Sohnes beruht, iſt zweifellos, ebenſo daß beide Sätze einen innern Zuſammenhang haben. Ich ziehe nun der myſtiſchen Erklärung Huſchke's [14]) eine einfachere vor. Der Sohn iſt der Träger und Fortſetzer des väterlichen Namens und der Sacra, er bleibt auch nach Auflöſung der Familie durch den Tod des Vaters noch die factiſche Stütze der Familienglieder. Dieß tritt rechtlich in der Tutel über die weiblichen und die unmündigen männlichen Geſchwiſter und Neffen hervor. Iſt ein Sohn vorhanden, ſo erſcheint die Adoption oder Inſtitution eines Fremden neben ihm unmotivirt, und ich trage kaum Bedenken, in dieſem Fall beide Acte im älteſten Familienrecht für nicht anerkannt zu halten [15]). Erwies ſich der Sohn in concreto nicht als tauglicher Erbe, ſo mußte er, bevor ein Fremder adoptirt oder eingeſetzt werden konnte, erſt emancipirt oder erheredirt werden. Waren jedoch nur Töchter oder Enkel [16]) vorhanden, ſo konnte die Adoption oder Inſtitution eines Fremden neben ihnen motivirt erſcheinen.

---

14) Rhein. Muſ. B. VI S. 310.

15) In der Adoption zeigt ſich dieß noch in der ſpäteren Rechtsbildung, wenn auch hier der veränderten Anſchauung zu Folge die Rückſicht auf den Sohn als Rückſicht auf die Kinder im Allgemeinen vorkömmt. Man vergleiche auch die Worte des Gajus (II §. 123) impedimento filium esse scriptis heredibus und Ulpian's (XXII §. 16) non patitur valere testamentum.

16) Die Enkel waren regelmäßig, jedenfalls viel häufiger als die Söhne, nicht in dem Alter, in welchem ſie den Familiengliedern eine Stütze ſein konnten. Vielleicht auch war urſprünglich die Adoption oder Inſtitution eines Fremden neben jedem männlichen Suus unſtatthaft, und erſt eine ſpätere Interpretation beſchränkte dieſen für den „filius", d. i. männlichen Suus, formulirten Satz auf den filius, d. i. Sohn, nicht Enkel.

Mit dem ſpäteren Zurücktreten der vorzüglicheren Bedeutung des männlichen Geſchlechts, deren Tragweite wir nur ahnen können, muß ſich die totale Ausſchließung des extraneus durch den filius verloren haben. Das erſtere Moment hatte aber noch immer die Bedeutung, daß der Wille, daß der extraneus neben dem filius ſtehen ſolle, ausdrücklich ausgeſprochen werden mußte. Dieß konnte nur dadurch geſchehen, daß der Teſtator auch den Sohn zum Erben ernannte. Präterirte er ihn, ſo war das Teſtament ein nichtiges. Dem Erforderniß der namentlichen Einſetzung entſprach aber das der namentlichen Enterbung, daher auch dieß für den Sohn aufgeſtellt wurde. So fixirte ſich der Satz ſo, der filius familias müſſe entweder namentlich erheredirt oder inſtituirt werden und er wurde auch auf die Fälle angewandt, wo mit Präterition eines filiusfamilias ein anderer Suus eingeſetzt wurde.

Einen ferneren Beleg bietet der Satz: nemo pro parte etc. Stellt man die teſtamentariſche Erbfolge der Inteſtaterbfolge gegenüber, ſo daß man unter dieſer auch die Succeſſion der Sui begreift, ſo iſt der Satz in ſeiner Unbedingtheit unhaltbar. Die Theilnahme der präterirten Sui an der Erbſchaft beruht nicht auf dem Teſtament, denn ſie ſind nicht inſtituirt, eine tacita institutio iſt ein Unding und das ſ. g. Accreſciren derſelben iſt nichts als ein Wort für einen unklaren Begriff, ebenſo wie das „quasi scripta heres“ nichts erklärt. Die sua praeterita ſuccedirt als Sua neben ihren inſtituirten Geſchwiſtern und Fremden. Die Erbeinſetzungen ſind nur für einen Theil der Erbſchaft wirkſam [17]). Iſt der

17) Denkt man ſich, daß der Teſtator, der drei sui hinterläßt, nur zwei inſtituirt und zwar auf ⅔ der Erbſchaft, die dritte sua präterirt, oder daß der eine sua hinterlaſſende zwei Fremde jeden zu ¼ inſtituirt, ſo würde hier der Satz auch in ſeiner formellen Bedeutung nicht Platz greifen, die partielle Teſtation iſt wirkſam.

mit Präterition des Sohns ernannte Erbe auf die Hälfte eingesetzt, so ist das Testament aus anderen Gründen ungültig. Wäre der Sohn für die andere Hälfte exheredirt, so wäre die Exheredation ungültig, nicht vermöge einer benigna interpretatio, sondern weil eine Exheredation, der der Emancipation analoge Act, schlechterdings nicht als theilweise denkbar ist; während, da der testirende Vater das Suitätsrecht des Sohns auf das Ganze der Erbschaft durch andere Dispositionen beschränken kann, auch eine Institution auf einen Theil denkbar ist. Eine solche Institution gewährt die analogen Suitätsrechte, die Beschränkung der Wirksamkeit derselben tritt ein, wenn der Testator die beschränkenden anderweiten Verfügungen vorgenommen hat. Der Satz nemo pro parte etc. findet daher nur Anwendung, wenn ohne Vorhandensein des Testaments Agnaten zur Succession berufen wären und er heißt daher lediglich: sowie niemand zugleich nach natürlichem Suitätsrecht und von Agnaten beerbt werden kann, so ist auch die agnatische Erbfolge neben der künstlichen Suitätsfolge nicht möglich [18]). —

Ist kein Suus oder testamentarischer Quasisuus vorhanden, so beruft das alte Civilrecht den nächsten Agnaten.

Das agnatische Erbrecht beruht auf dem Bewußtsein der Zusammengehörigkeit der weiteren Familie. Wie dieses Bewußtsein da, wo ihm Schranken nicht im Weg stehen und das Bedürfniß, einer schützenden Gesammtheit anzugehören, nicht auf anderem Weg befriedigt ist, zu einer Vereinigung führt,

---

Wollte man so construiren, die pro parte Instituirten erwerben formell das Ganze, werden aber in diesem durch das Accresciren der Tochter beschränkt, so erschiene diese Construction jedenfalls als unnöthig künstlich.

18) Das testamentum per aes et libram wird in §. 38 besprochen werden.

welche entweder das Privatvermögen ganz ausschließt oder Rechte des Vereins oder einzelner Genossen an dem Vermögen des Genossen begründet, durch welche die Verfügung über das Vermögen gehemmt ist, so führt es da, wo es sich, wie in Rom schon früh der Fall war, nicht energisch entwickeln kann, wenigstens dazu, Rechte in Bezug auf das Vermögen des Verwandten dann anzuerkennen, wenn dieser selbst als Rechtssubject untergegangen ist, ohne wirkliche Sui oder Quasisui zu haben. Nach der einen Seite hin (bei den alten Geschlechtern) kann das agnatische und gentilitische Erbrecht als letzter Ueberrest der ursprünglich weiter gehenden Rechte der weitern Familie aufgefaßt werden, während nach der andern Seite hin (bei den neu hinzugekommenen Plebejern) das agnatische Erbrecht als einzig mögliche Manifestation der Ueberzeugung der Zusammengehörigkeit, welche über diese schwachen Anfänge nicht hinaus kann, erscheint [19]).

Die weitere Familie ist kein organisches Ganze, sie kann daher nicht als Ganzes berufen sein, sondern nur einzelne Glieder derselben können berufen werden. Welches sind nun aber diese Glieder? In der engeren Familie findet sich eine absolute und darum für alle Glieder gleiche Zusammengehörigkeit, darum ist auch bei dem Tod des Vaters ein Recht aller Glieder (einzelner Personen oder neu sich bildender engerer Familien) an dem Familienvermögen vorhanden, dieses zerfällt unter alle bisherigen Familienglieder, der Sohn schließt den Enkel des vorverstorbenen Sohns nicht aus. In der weiteren Familie dagegen ist das Zusammengehörigkeitsbewußtsein nicht gleichmäßig stark, daher kann auch die rechtliche Wirkung dieses Bewußtseins nicht die sein, daß die Erbschaft allen Gliedern der weiteren Familie zufällt, sondern

19) S. o. S. 516 N. 4.

nur denjenigen, in welchen ſich die Zuſammengehörigkeit mit dem Verſtorbenen am Evidenteſten zeigt, den nächſten. Erſt dann, wenn Niemand vorhanden iſt, welcher die genaue Verwandtſchaftsbeziehung zu dem Verſtorbenen nachweiſen kann, werden alle diejenigen berufen, welche überhaupt eine gemeinſame Abſtammung mit ihm haben, und ſie ſuccediren entweder als Einzelne oder in ihrer Geſammtheit, als Gens [20]).

Wo der Begriff der engeren Familie in ſolcher Stärke gefaßt iſt, wie im römiſchen Recht, kann derſelbe aber auch nicht ohne Einfluß auf die Faſſung des Begriffs der weiteren Familie ſein. Dieſe umfaßt daher nicht Alle, welche von demſelben Stammvater abſtammen, aber auch nicht allein dieſe. Diejenigen, welche aus der engeren Familie, in welcher ſie ſtanden, ausgeſtoßen wurden und diejenigen, welche als sui juris in eine fremde Familie eingetreten waren, ſammt ihren Deſcendenten gehören der rechtlich anerkannten weiteren Familie nicht an; hingegen treten auch die nicht Verwandten, welche in die engere Familie eines berechtigten Gliedes aufgenommen waren, damit in die weitere Familie ein. — Berechtigt zur Erbfolge iſt hiernach der proximus agnatus.

Fragen wir nun nach der Natur des agnatiſchen Rechts, ſo iſt klar, daß es weder als eine Fortſetzung reſp. Erweiterung eines ſchon beſtehenden rechtlichen Zuſtandes, noch als die rechtliche Anerkennung eines ſchon beſtehenden thatſächlichen Zuſtands erſcheinen konnte. Es konnte nur als ein bei dem Tode des Erblaſſers neu entſtehendes und darum Dritten gegenüber begründetes Recht aufgefaßt werden — als ein Recht in Bezug auf die Hinterlaſſenſchaft. Welche Conſtruction konnte und mußte nun dieſem Recht gegeben werden?

20) Das Erbrecht der Gentilen intereſſirt uns hier nicht weiter, weil es hinſichtlich der rechtlichen Formulirung dem der Agnaten ganz gleich ſteht.

Es hängt dieß wesentlich davon ab, was als das Object erscheint, in Bezug auf welches dieses Recht begründet ist.

Einer höheren Auffassung erscheint eine Verbindung aller einer Person zustehenden Vermögensrechte zu einem Ganzen als ein logisches Postulat und kein ausgebildetes Recht kann dieselbe ignoriren. Doch kann man zu einer begrifflichen Verbindung erst durch eine Abstraction gelangen, welche als solche eine höhere Ausbildung voraussetzt, von dem Volk aber auch nicht eher vorgenommen wird, als bis die bei der Abstraction der verschiedenen Eigenschaften der einzelnen Rechte übrig bleibende gemeinsame und darum eine Zusammenfassung möglich machende Eigenschaft derselben deutlich erkannt und prägnanter hervorgetreten ist, als die verschiedenen Eigenschaften [21]). Die gemeinsame die verschiedenen Rechte zum Vermögen vereinigende Eigenschaft ist der Werth. Durch die Berücksichtigung des Werths hört nicht nur die qualitative Verschiedenheit der Sachen auf und das Eigenthum an verschiedenen Sachen wird zum lediglich quantitativ verschiedenen Recht, sondern auch die Rechte an fremden Sachen und die Forderungen werden unter einander und mit dem Eigenthum vergleichbar und erscheinen ebenfalls nur quantitativ verschieden, so daß die Gesammtheit der Rechtsverhältnisse, deren Subject eine einzelne Person ist, als ein Gesammtwerth gefaßt werden kann und, wo ein (sittliches) Bedürfniß vorliegt, (rechtlich) so gefaßt wird.

---

21) Ob diese Abstraction mit klarem Bewußtsein von der Wissenschaft vorgenommen wird, oder sich nur in der Schaffung von Rechtssätzen zeigt, welche als aus einem „ächt praktischen Tact" hervorgegangen erscheinen (Savigny, System B. I S. 383 N. b.), ist gleichgültig; die Abstraction ist auch in dem letzteren Fall vorhanden, und gerade für diesen Fall ist die Prägnanz des Hervortretens der gemeinsamen Eigenschaft noch weit nothwendiger.

Der Begriff des Werths kann ſich aber erſt bilden und in den Vordergrund treten, wenn häufig eine Sache gegen die andere hingegeben, namentlich aber eine beſtimmte Art von Sachen die Beſtimmung erhält, als Tauſchobject zu dienen und dadurch allgemeiner Werthmeſſer wird, wenn ferner auch als Object der Obligation wenigſtens nach ihrer definitiven rechtlichen Realiſirung ein Werth erkannt wird.

Da man nun mit Sicherheit behaupten kann, daß bei jedem Volk in einer beſtimmten Zeit die Werthsnatur der Rechte nicht oder wenigſtens nicht allgemein erkannt worden iſt, ſo iſt damit auch die Unmöglichkeit einer urſprünglichen Anerkennung der abſtracten Einheit des Vermögens gegeben und auch den Römern muß dieſelbe urſprünglich unbekannt geweſen ſein. Für die Stellung der Sui und der teſtamentariſchen Erben zur Hinterlaſſenſchaft des Vaters und Teſtators iſt es gleichgültig, ob die zu derſelben gehörenden Rechte als ein Ganzes aufgefaßt werden oder nicht, da auch in der ſpäteren Zeit das Recht derſelben gar nicht als auf dem Erwerb des Vermögens als abſtract gefaßter Einheit beruhend conſtruirt zu werden braucht. Sie wurden eben als Sui reſp. Quaſiſui mit dem Tod des Familienvaters in ihrer Eigenſchaft als Subjecte der einzelnen Rechte und Verpflichtungen, als deren Subject der Letztere bis dahin galt, rechtlich anerkannt. Für das agnatiſche Recht iſt jedoch der Mangel einer Zuſammenfaſſung der verſchiedenen Rechte und Verpflichtungen des Erblaſſers von Wichtigkeit.

Leider (aber freilich begreiflicher Weiſe) iſt uns aus dieſer Zeit keine Nachricht über das Erbrecht der Agnaten erhalten, doch müſſen wir nach dem Ausgeführten nothwendig annehmen, daß der Agnat in dieſer Zeit nur in die Sachenrechte des Erblaſſers ſuccediren konnte. Ein ſelbſtſtändiger Uebergang der Obligation auf einen Nichtſuus iſt der Natur dieſer

Rechtsverhältniſſe nach undenkbar [22]). Wie die Erwerbung der Sachen durch die Agnaten ſtattgefunden habe, muß völlig dahin geſtellt bleiben, da wir nicht wiſſen, wie weit damals die noch engere Verbindung der weiteren Familie hierauf influirt hat und vielleicht der Uebergang als ipso jure erfolgend erſchien, ſo daß die aditio überhaupt unnöthig war oder nur als Beſitzergreifung gefaßt wurde. Dadurch, daß nur Sachen übergingen, es alſo immer im Intereſſe des Agnaten lag, Erbe zu werden, hatte auch die rechtliche Feſtſtellung dieſes Punctes nur eine geringe practiſche Wichtigkeit.

Schon zur Zeit der XII Tafeln iſt der Agnat Univerſalſucceſſor. Der Uebergang aus dem alten in den neuen Rechtszuſtand mochte durch die Sitte vorbereitet ſein. Es mochte für unanſtändig gelten, daß der Agnat, welcher diejenigen Sachen erhielt, aus welchen der Gläubiger des Erblaſſers Befriedigung erwartet hatte, nicht auch die Verpflichtung übernahm, und daß umgekehrt der Schuldner des Erblaſſers aus dem Tod des Gläubigers Vortheil zog. Es mochte daher vorkommen, daß durch einen neuen Willensact eine neue Obligation mit dem Inhalt der rechtlich untergegangenen zwiſchen dem Erben und den Dritten entſtand. So lange der obligatoriſche Verkehr gering bleibt, fehlt die Veranlaſſung, den Sittenſatz zum Rechtsſatz zu erheben; erſt mit dem Eintritt eines regeren Verkehrs tritt das Bedürfniß dazu auf. Dieſe Thatſache gewährt aber auch die Veranlaſſung, die Sachen und Rechte von ihrer Werthſeite aufzufaſſen und ſo den Begriff des Vermögens aufzuſtellen. Den Agnaten, welcher bisher nur Rechte hatte, ipso jure zu verpflichten,

22) Das älteſte Recht kann auch die Obligation nicht etwa anders gefaßt haben, da, je weiter wir zurückgehen, die enge Verknüpfung derſelben mit dem beſtimmten Subject um ſo prägnanter hervortritt.

war unmöglich, das Recht konnte ihn nur bedingungsweiſe verpflichten (wie ja auch ſeine ſittliche Verpflichtung nur eine bedingungsweiſe war) dadurch, daß die Obligationen bei dem Tod des Subjects derſelben als mit ſeinen Sachen zu einem Ganzen verbunden erklärt wurden. Nun wurde es aber auch nothwendig, das Recht des Agnaten hinſichtlich der Erbſchaft rechtlich zu formuliren und dieſe Formulirung konnte nur ſo ſtattfinden, daß man es als ein Recht auffaßte, die Erbſchaft vorzugsweiſe mit Ausſchließung Dritter zu erwerben. Den Agnaten fällt alſo die Erbſchaft nicht ipso jure zu, ſondern es bedarf eines Willensactes zu ihrer Erwerbung.

Hiernach iſt dieß Recht dem Recht des im Teſtament inſtituirten Fremden äußerlich ähnlich und es wird deßwegen auch von einer Delation der Erbſchaft an den Agnaten, ſowie an den inſtituirten Fremden geſprochen, und doch ſind die Rechte beider weſentlich von einander verſchieden und die Delation und Adition hat eine verſchiedene rechtliche Bedeutung, jenachdem ſie an den Agnaten oder an den Teſtamentserben, reſp. von einem oder dem andern erfolgt. Durch die Teſtamentserrichtung iſt zu einem Geſchäft, welches nothwendig nur durch die zuſammenkommenden Willensacte zweier Perſonen zu Stande kommen kann, nur der Eine Wille erklärt, es iſt alſo noch gar kein Rechtsverhältniß entſtanden, ſondern nur die Möglichkeit zur Entſtehung eines ſolchen gewährt, und dieſe Möglichkeit ſelbſt iſt (anders als bei einem Vertrag) durch die mit dem Tod des Teſtators eintretende Unwiderrufbarkeit und fortdauernde Wirkſamkeit der teſtamentariſchen Erklärung gegeben. Erklärt der Inſtituirte nun ſeinen Willen (in der formell gültigen Weiſe), ſo iſt das Rechtsverhältniß entſtanden, der Inſtituirte wird zum Quaſiſuus und als rechtliche von ſeinem Willen unabhängige Folge tritt der Erb-

ſchaftserwerb ipso jure ein [23]). Beim Agnaten hingegen exiſtirt das Rechtsverhältniß eben ſchon durch die Thatſache der Agnation, und in Folge dieſes Rechtsverhältniſſes hat er die Fähigkeit, die Erbſchaft zu erwerben. Dem Inſtituirten wird gleichſam das Erbrecht, dem Agnaten die Erbſchaft deferirt. Dieſe Unterſcheidung mag auf den erſten Blick kleinlich erſcheinen, doch beruhen auf ihr mehrere wichtige Rechtsſätze, welche nur durch ſie genügende Erklärung finden.

Schlägt der Teſtamentserbe aus oder ſtirbt er, ehe er ſich über die Antretung erklärt hat, ſo tritt der Agnat als Berechtigter auf [24]); ſchlägt jedoch der Agnat aus oder erklärt

23) Obgleich in dem in §. 38 zu beſprechenden testamentum per aes et libram die Berufung eines Quaſiſuus nicht mehr evident hervortritt, ſo paßt doch das hier für das testamentum comitiis calatis Entwickelte auch ganz auf jenes, da durch daſſelbe ebenfalls erſt, wenn der Conſens des Erben zu dem des Erblaſſers hinzutritt, ein Rechtsverhältniß entſteht.

24) Man hat dieß für das ältere Recht nicht anerkennen wollen und behauptet, „es habe Anfangs auch keine successio von der teſtamentariſchen auf die Inteſtaterbfolge gegeben“ (Leiſt, Bonorum poſſeſſio B. I S. 116). Es beruht dieß aber auf der irrigen Identificirung der Delation an den Inteſtat- und der an den Teſtamentserben (ebendaſ. S. 113). Das testamentum destitutum iſt eben wegen der Nothwendigkeit der Concurrenz zweier Willen zur Begründung eines Erbrechts des inſtituirten Fremden und folgeweiſe der Aufhebung der Möglichkeit des Eintritts der Inteſtaterbfolge ein rechtlich wirkungsloſer Act. Der in einem ſolchen Teſtament exheredirte Suus iſt mithin nicht exheredirt und hat die Erbſchaft, ſowie die Deſtituirung ſicher iſt, und der Agnat erwirbt ebenſo in demſelben Moment ipso jure ſein Erbrecht. — Daß der Satz: tempus spectandum est, quo certum est, aliquem intestatum decessisse, nicht den XII Tafeln angehört (ebendaſ. S. 119), glaube auch ich. Daraus folgt aber noch nicht, daß er dem Geiſt derſelben zuwider geweſen und gegen ihn ſpäter eingeführt worden ſei. Zur Zeit der XII Tafeln mochte eben ein Teſtament nicht leicht deſtitut werden, ſo daß nicht die Nothwendigkeit vorlag, einem etwaigen Zweifel, was intestato mori bedeute, vorzubeugen. Der angeführte Satz hat aber

er ſich nicht, ſo kann ein anderer Agnat oder Gentile nicht als Erbe auftreten. Im erſteren Fall iſt, da das von dem Teſtator beabſichtigte Rechtsverhältniß nicht entſtanden iſt, gar nichts geſchehen, ein Quaſiſuus iſt nicht vorhanden und war beim Tod des Erblaſſers nicht vorhanden, die Bedingungen der Entſtehung des agnatiſchen Erbrechts ſind daher gegeben. Iſt aber das Recht des Agnaten einmal entſtanden, ſo iſt dadurch wie bei jedem andern Recht die Unmöglichkeit begründet, daß es als ein anderes entſtehen kann; ob der Agnat von dieſem Recht Gebrauch macht oder nicht, iſt wie bei jedem anderen Recht gleichgültig. Die Ausſchließung der successio graduum et ordinum geht alſo aus der Natur des agnatiſchen Rechts hervor und beruht nicht nur auf einer Wortinterpretation der XII Tafeln [25]).

---

auch gar nicht den Zweck, die fragliche Succeſſion feſtzuſtellen, er ſoll vielmehr nur die Frage entſcheiden, welcher Agnat im Fall eines testamentum destitutum ſuccediren ſolle; daß ein Agnat ſuccedire, ſetzt er voraus und wegen dieſer Vorausſetzung iſt er uns wichtig. Der Vorwurf, daß er zu wenig ſage (Leiſt S. 117), trifft daher der Satz nicht. Ebenſowenig aber auch der, daß er zu viel ſage, denn daß „ein testamentum destitutum ſo angeſehen werden ſolle, als wenn gar kein Teſtament errichtet worden ſei", geht aus der Vorausſetzung, auf welcher der Satz ruht, nicht hervor; in dieſer liegt nur, was ſchon aus der Natur des Verhältniſſes hervorgeht, daß das deſtitute Teſtament nicht diejenigen Wirkungen hervorbringt, welche erſt durch die Concurrenz des Willens des Inſtituirten entſtehen können. Soweit jedoch der einſeitige Wille des Teſtators wirkſam iſt, bleibt er es, auch wenn das Teſtament deſtitut wird: er vernichtet das Product einer früheren ſolennen Willenserklärung in ſolenner Weiſe (das frühere Teſtament bleibt definitiv rumpirt, was auch das Schickſal des ſpäteren Teſtaments ſein mag) und er ſuspendirt den Eintritt der Inteſtaterbfolge.

25) Von dem Ausſchluß einer successio graduum et ordinum kann nur mit Bezugnahme auf die ſpätere Einführung einer ſolchen geſprochen werden, das alte Recht kennt gar nicht die Möglichkeit einer successio; ſo wie dieſe erkannt wird, realiſirt ſie ſich auch rechtlich

Die Errichtung eines Teſtaments und die dadurch geſchaffene Möglichkeit, daß ein Quaſiſuus zur Succeſſion komme, hindert die Entſtehung des agnatiſchen Rechts. Dieſes entſteht erſt im Moment, wo dieſe Möglichkeit vernichtet iſt, wo es alſo durch Ausſchlagung oder Tod des Inſtituirten (reſp. Ablauf der Cretionsfriſt) ſicher iſt, daß eine teſtamentariſche Erbfolge nicht eintrete. Daſſelbe iſt der Fall, ſo lange der Eintritt einer wirklichen Suitätsfolge zweifelhaft iſt, wenn z. B. der Erblaſſer eine ſchwangere Wittwe oder einen Suus in fremder Gefangenſchaft hinterlaſſen hat [26]). Derjenige Agnat iſt berufen, welcher zur Zeit quo certum est aliquem intestato decessisse der nächſte iſt [27]).

Der Inſtituirte kann ſein Recht nicht an einen Dritten übertragen, denn es iſt nicht ein Moment vorhanden, in welchem er in einer rechtlichen Beziehung zu der Erbſchaft als Einer Vermögensmaſſe ſteht. Vor dem Antritt iſt ihm nur die Möglichkeit eröffnet, in ein Rechtsverhältniß zu treten, in Folge deſſen er die Erbſchaft erwirbt; iſt aber durch die Antretung das Rechtsverhältniß begründet, ſo iſt ihm auch ipso jure die Erbſchaft zugefallen, ſie ſteht ihm alſo nicht mehr als Eine zuſammengehörige Maſſe gegenüber, welche als ſolche veräußert werden könnte. Anders beim Agnaten. Ipso jure iſt deſſen Rechtsverhältniß begründet, die Erbſchaft ſteht ihm aber trotzdem als ein zuſammengehöriges Ganze gegenüber. Ueber die Erbſchaft kann er zwar nicht verfügen, weil er dieſelbe noch nicht in bonis hat [28]), aber ſein Recht in Bezug

---

im successorium edictum. Den XII Tafeln kann der Satz: in legitimis hereditatibus successio non est, ſchon ſeiner Form nach nicht angehört haben, und eine imperative Faſſung deſſelben (esto ſtatt est) würde zum Inhalt nicht paſſen.

26) Ulp. XXVI §. 3.

27) S. o N. 24.

28) Dieß iſt der Grund, warum er das Recht nicht vererbt.

auf dieſelbe kann er übertragen, kann ſich daher aber auch nicht der Mancipation [29]) bedienen, ſondern nur der in jure cessio, durch welche dergleichen Rechte, wie z. B. die Tutel, übertragen werden [30]).

Aus dieſen Sätzen geht nicht nur die Verſchiedenheit des Rechts des Inſtituirten und des Agnaten auf das Deutlichſte hervor, ſo daß die Annahme des Verfs., daß das letztere dem erſteren nachgebildet ſei, in ſich zerfällt, ſondern dieſelben belegen auch die Richtigkeit der oben gegebenen Darſtellung der Natur beider Rechte.

Altes germaniſches Erbrecht. — Die weitere Familie wurde, wie oben (S. 517) bemerkt, in den uns bekannten älteſten Zeiten bei den Germanen in größerer Stärke anerkannt, als bei den Römern. Wie aber in Rom die geringe Anerkennung der weiteren Familie zu der energiſchen Faſſung des Begriffs der engeren Familie geführt hatte, ſo bildete ſich umgekehrt aus der entgegengeſetzten Urſache dieſer Begriff bei den Germanen nicht in der Prägnanz wie bei den Römern aus. Hatte der Agnat einen rechtlichen Anſpruch in Bezug auf die Immobilien des Agnaten, ſo konnte ein ſolcher dem Sohn in Bezug auf die Immobilien des Va-

---

29) Die Natur der Erbſchaft ſchließt nicht die Möglichkeit aus, daß ſie Gegenſtand einer Mancipation iſt (bei dem testamentum per aes et libram iſt ſie es ja), ſondern die Natur des Rechts hinſichtlich derſelben.

30) Die Berufung darauf, daß die teſtamentariſche Erbfolge eine höchſt perſönliche ſei, während zur legitima successio nicht eine beſtimmte Perſon, ſondern nur der nächſte Agnat berufen ſei, erklärt die verſchiedene Stellung der beiden Erben nicht. Denn wenn auch das Recht nicht eine beſtimmte Perſon beruft, ſo beruft es doch nur einen Agnaten, und ſo müßte man denn nach der angeführten Begründung folgerichtig zu dem Schluß gelangen, daß der berufene Agnat nur einem andern Agnaten die Erbſchaft cediren könne.

ters nicht entzogen ſein, dieſer erſchien daher nicht nur als thatſächlicher Mitbeſitzer dieſer Sachen, ſondern auch als berechtigt in Bezug auf dieſelben. Die Rechte des Agnaten waren aber auf der andern Seite von ſolcher Beſchaffenheit, daß eine weitere Ausdehnung derſelben die Anerkennung des Einzelrechts ausgeſchloſſen hätte, dem Sohn konnte mithin kein größeres Recht als dem Agnaten zugeſchrieben werden. Der Sohn erſcheint daher in erbrechtlicher Beziehung als Agnat, reſp. im Erbrecht findet ein Unterſchied zwiſchen der weiteren und der engeren Familie nicht ſtatt [31]), und es wird bei den Germanen von dem Begriff der Familie überhaupt ausgegangen. Darum hat aber auch der aus dem väterlichen Mundium getretene Sohn, ſobald er nicht verzichtet hat, ſein Erbrecht nicht verloren, und darum kann auch der Agnat nicht ausgeſchloſſen werden durch einen in die engere Familie aufzunehmenden Fremden. Wie in Rom aber kann, da die Periode des Geſammtbeſitzes der Familie überwunden iſt, nicht die Familie als ſolche zur Succeſſion gelangen, ſondern nur Glieder derſelben. Da aber die (weitere) Familie als durch gemeinſame Abſtammung entſtandenes, nicht als durch die engere Familie vermitteltes Ganze aufgefaßt wird, ſo werden in ihr auch die einzelnen engeren Kreiſe, die durch Abſtammung von einem gemeinſamen nächſten Aſcendenten gegeben ſind, rechtlich anerkannt, indem die dem durch den näheren Stammvater gebildeten engeren Kreis angehörenden Glieder die des weiteren Kreiſes ausſchließen — der nächſte agnatiſche Kreis iſt der der Deſcendenten des Erblaſſers. Daher nicht

31) Die Bezeichnung der Deſcendenten als „Buſen" in Sachſenſp. I, 17 §. 1 begründet eine Verſchiedenheit der erbrechtlichen Stellung derſelben nicht. An andern Orten bezeichnet Buſen die Geſammtheit aller Blutsverwandten oder der nächſten. S. Haltaus, Gloſſar b. d. W.

Berechnung der Gradesnähe wie in Rom, ſondern Parentelenordnung. Innerhalb des einzelnen Kreiſes aber ſchließt der der Spitze deſſelben am nächſten Stehende den Entfernteren aus, und daß dieß urſprünglich ebenfalls in dem engſten Kreis gegolten hat, daß alſo auch in der engeren Familie ein Repräſentationsrecht nicht anerkannt war, iſt ein ſchlagender Beleg für die Richtigkeit der aufgeſtellten Anſicht von der Gleichſtellung des Erbrechts derſelben mit dem agnatiſchen [32]).

---

32) Huſchke (Studien des röm. Rechts S. 97) bezeichnet das Inteſtaterbrecht „als das Zurücktreten der den ausgegangenen Familiengliedern mitgetheilt geweſenen Lebenskraft in die noch lebendig fortblühenden oberen Glieder, angewandt auf das Vermögen, als denjenigen Theil des Rechtslebens des Verſtorbenen, welcher allein in rebus humanis zurückbleibt" — „als das Zurückſtreben des Vermögens zur übrigen Gattung, aus welcher es ſich beim Entſtehen herausentwickelt hatte" — und erklärt den Uebergang auf den Nächſten daraus, daß dieſer „die nächſte Darſtellung der Gattung in einem Individuum iſt, auf welche das Vermögen ſtößt". Er geht hierbei mit Recht von dem Begriff der Familie als ſolcher aus. Wenn aber Danz (Geſch. d. röm. Rechts §. 146), nachdem er dieſe Begriffsbeſtimmung für die richtige erklärt hat, dieſelbe folgendermaßen weiter zu begründen ſucht: „Ueberall würde das Vermögen bei den als Inteſtaterben auftretenden Perſonen geweſen ſein, wenn der Verſtorbene gar nicht vorhanden geweſen wäre" — ſo hat er, indem er nicht von dem Begriff der Familie, ſondern von dem der einzelnen Glieder als ſelbſtſtändigen Perſonen ausgeht, ſich nicht nur von dem zuerſt aufgeſtellten Princip entfernt, ſondern er iſt auch von einer irrigen Vorausſetzung ausgegangen. Der nach römiſcher Berechnung nächſte Agnat iſt keineswegs immer derjenige, welcher ohne die Exiſtenz des Erblaſſers (reſp. deſſen Aſcendenten) das Vermögen deſſelben erhalten haben würde. Nach der germaniſchen Parentelenordnung trifft die Vorausſetzung eher zu, indem der Erbe wenigſtens immer zu denjenigen Perſonen gehört, welche in dem angenommenen Fall das Vermögen des Erblaſſers bekommen haben würden. Unbedingt richtig wäre die Vorausſetzung nur für die reine Linealfolge mit unbedingtem Repräſentationsrecht. Der Umſtand aber,

Wenden wir uns nun zu der Betrachtung der Natur dieſes agnatiſchen Erbrechts.

Das hauptſächliche Beſitzthum iſt die Immobilie und wie das altgermaniſche Recht im Allgemeinen weſentlich nur mit Bezugnahme auf dieſe ausgebildet iſt, ſo gilt dieß auch namentlich von dem Erbrecht. Zwar wird in den uns bekannten Zeiten ſchon ein Recht des Einzelnen am Grund und Boden anerkannt und dieſes Recht hat auch ſchon eine ſolche Ausſchließlichkeit erlangt, daß es dem römiſchen dominium gleich erſcheint; der Eigenthümer hat das Recht auf ausſchließlichen Genuß der Immobilie und nach außen vertritt er dieſelbe allein. Soweit es aber durch dieſes Recht nicht als aufgehoben erſcheint, wird das Recht der Familie in Betreff der Immobilien als vorhanden betrachtet [33]). Dieß Recht aber ſtellt ſich dar als ein eventuelles Recht des nächſten Agnaten an den Immobilien, d. h. als ein Recht, deſſen Bedingungen durch den Status des nächſten Agnaten gegeben ſind, deſſen Eintritt aber durch die Exiſtenz des Rechts des Eigenthümers eben wegen der Ausſchließlichkeit deſſelben ſuspendirt iſt. Stirbt

---

daß ſich eine ſolche Erbfolgeordnung in einem alten Recht nicht vorfindet (die Anerkennung der Agnation als nothwendiger Vorausſetzung des Erbrechts hätte der Ausbildung einer ſolchen in Rom nicht im Wege geſtanden, ſie hätte dieſelbe eben nur auf Agnaten beſchränkt), zeigt auch, daß die Ableitung des Erbrechts aus dem Recht des Einzelnen nicht ſtichhaltig iſt.

33) Dadurch, daß die Immobilie regelmäßig von dem Eigenthümer nicht neu erworben iſt, ſondern ſchon von ſeinen Vorfahren beſeſſen war, mithin die Agnaten ſelbſt oder ihre Vorfahren ſchon an dem Genuß derſelben participirt hatten, tritt auch, wo Einzelrechte anerkannt ſind, die Beziehung der Familie zu derſelben immer noch lebhaft entgegen. Daher erſcheint aber auch dieſe Beziehung der Familie in Betreff der ererbten Immobilie ſtärker, als in Betreff der neu erworbenen und manche Rechte beſchränken deßwegen ſchon früh auf erſtere das ſtrenge agnatiſche Recht.

der Eigenthümer oder gibt er ſein Recht auf, gleichviel ob abſolut oder zu Gunſten eines Dritten, ſo entſteht das Recht des Agnaten ipso jure und kann durch keinerlei Thätigkeit des Eigenthümers aufgehoben werden.

Einer ſtrengen Conſtruction nach exiſtirt bei Lebzeiten des Eigenthümers ein Recht des Agnaten nicht, nur das Verfügungsrecht des erſteren über Immobilien iſt ausgeſchloſſen. Da jedoch der Agnat auf die Geltendmachung ſeines eventuellen Rechts ausdrücklich oder ſtillſchweigend verzichten kann und dadurch eine Veräußerung möglich wird, ſo kann man das Recht des Agnaten auch als die Freiheit der Veräußerung beſchränkend auffaſſen und gelangt ſonach zu der Annahme eines ſchon während des Lebens und der Exiſtenz des Rechts des Eigenthümers vorhandenen Rechts des Agnaten, deſſen Inhalt in der Veräußerungsunterſagungsbefugniß beſteht [34]) und als deſſen Erweiterung der Erwerb der Sache ſelbſt erſcheint.

Es iſt für das alte Recht irrig, die Immobilien als einen hinſichtlich der Rechte der Erben rechtlich beſonders qualificirten Theil der Erbſchaft zu betrachten, denn ſie bilden in urſprünglichen Verhältniſſen den eigentlichen Vermögensſtock, an welchen ſich die anderen Vermögensſtücke nur acceſſoriſch anſchließen; das agnatiſche Recht an den Immobilien iſt daher das eigentliche Erbrecht, als deſſen abgeſchwächte Form das Erbrecht in Mobilien ſich ausbildet. Soweit es ſich nämlich lediglich um den Uebergang der Mobilien auf den Erben handelt, ſoweit iſt eine Gleichheit der Rechtsbildung hinſichtlich der Mobilien und Immobilien vorhanden, denn dieſelbe geht bei beiden Arten von Sachen aus demſelben Bewußtſein

34) Ueber das agnatiſche Recht von dieſer Seite aufgefaßt ſ. o. S. 324 ff.

der Zuſammengehörigkeit der Familienglieder hervor. In allen anderen Beziehungen jedoch wirkt die thatſächlich verſchiedene Weſenheit der Mobilien modificirend auf das Erbrecht ein. Der Mobilie fehlt die Stabilität: ſie kann entweder nur dadurch gebraucht werden, daß ſie verbraucht wird, oder ſie verbraucht ſich doch in Folge des Gebrauchs, ſie muß daher fortdauernd erſetzt werden, und die Möglichkeit des Umſatzes derſelben iſt auch auf niederer Culturſtufe eine Nothwendigkeit. Nicht allein erſcheint daher die Annahme eines Rechts der Familienglieder in Bezug auf die Mobilien, welche zu einer Beſchränkung der Dispoſition des Eigenthümers geführt hätte, auch in frühen Zeiten unzweckmäßig, ſondern es fehlen ſchon deßwegen, weil die Mobilien keineswegs regelmäßig durch Erbſchaft erworben ſind, die Vorausſetzungen einer ſolcher Anſchauung. Der Eigenthümer iſt daher in der Alienation der Mobilien bei ſeinen Lebzeiten nicht beſchränkt und die Zuſammengehörigkeit der Familie kann ſich nur dadurch manifeſtiren, daß ſie beim Tod des Eigenthümers ein Recht der Agnaten an den Mobilien als ein neu entſtehendes hervorbringt, in derſelben Weiſe alſo, wie in Rom hinſichtlich des Rechts der Agnaten am geſammten Vermögen, wirkt. Daß das germaniſche Recht, welches ſonſt die Entſtehung eines Rechts an einer Mobilie immer von der körperlichen Beſitzergreifung abhängig macht, das agnatiſche Erbrecht auch hinſichtlich der Mobilien ohne eine ſolche (denn in etwas Anderem als einer Beſitzergreifung hätte die aditio hier begreiflich nicht beſtehen können) entſtehen läßt, erklärt ſich daraus, daß in den meiſten Fällen Immobilien und Mobilien zuſammen an dieſelbe Perſon übergingen und die Art des Uebergangs, wie oben bemerkt wurde, bei beiden Arten von Sachen völlig übereinſtimmte; es war daher natürlich, daß man beide Arten von Sachen auch bei dem ferneren Uebergang auf den

Erben des Erben gleich behandelte (denn nur in Bezug auf die Transmiſſion iſt der ipso jure Erwerb der Erbſchaft von praktiſcher Bedeutung).

Die Schulden des Erblaſſers ſtanden mit ſeinen Immobilien in keiner Verbindung [35]), denn da er dieſelben nicht alieniren konnte, ſo konnten weder ſie ſelbſt noch der für ſie erhaltene Preis als Tilgungsobject der Obligation angeſehen werden. Als ſolches erſchienen vielmehr die Mobilien und damit war eine Verbindung zwiſchen beiden gegeben. Wo die Leiſtung der einzelnen Mobilie ſelbſt unmittelbar den Gegenſtand der Obligation bildete, war dieſe Verbindung evident

35) Der Verf. ſucht den beſchränkten Uebergang der Schulden auf den Erben ſittlich zu rechtfertigen. Ein ſolcher Verſuch von Seiten des Verfs. muß Wunder nehmen, da nach ſeiner Auffaſſungsweiſe eher das Gegentheil anzunehmen geweſen wäre. Daß das Kind die vom Vater eingegangenen Verpflichtungen übernehme, ſcheint doch jedenfalls der Pietät mehr zu entſprechen, als daß es im Beſitz der von demſelben hinterlaſſenen Immobilien ſeinen Namen dem Tadel Preis gibt und die Gläubiger für ihr Vertrauen Schaden erleiden läßt. Wenn der Nichtübergang der Schulden ſich nur auf ſolche beſchränkte, welche durch eine unſittliche Handlung entſtanden ſind, ſo ließe ſich dieß noch ſittlich rechtfertigen, aber der Satz bezieht ſich ja auf alle Schulden, alſo auch auf diejenigen, welche vielleicht zum Beſten gerade der Erben contrahirt worden waren. Ein Hauptausgangspunct des germaniſchen Rechts iſt nach dem Verf. die Verpflichtung, Anderen in allen rechten und ſittlichen Dingen beizuſtehen, eine Pflicht, welche durch die beſonderen Beziehungen, in welche mehrere Perſonen zu einander treten, zur Rechtspflicht erhoben wird. Begründet die Uebernahme des Vermögens des Schuldners nun nicht aber eine Beziehung zu deſſen Gläubigern in prägnanterer Weiſe, als der Umſtand des nachbarlichen neben einander Wohnens oder das Betreiben deſſelben Gewerbs eine ſolche ſchafft, und iſt nicht auch das Object der Verpflichtung in viel concreterer Weiſe gegeben? — Der beſchränkte Uebergang rechtfertigt ſich für das alte Recht vollkommen, aber freilich nicht als unmittelbare Conſequenz allgemeiner willkürlich aufgeſtellter Sittenſätze.

und je weniger man, wie dieß im alten Recht der Fall iſt, die Obligation als ſelbſtſtändiges Rechtsverhältniß zu betrachten pflegt, je mehr ſie nur als eine Vorbereitung zum Eigenthumsübergang oder, nachdem dieſer erfolgt iſt, als Titel für denſelben erſcheint, als um ſo inniger wird dieſe Verbindung ſich darſtellen. Aber auch diejenigen Obligationen, welche ein anderes Object haben, als die Leiſtung einer beſtimmten im Nachlaß befindlichen Mobilie, werden mit den nachgelaſſenen Mobilien verbunden gedacht werden, ſobald der Werthbegriff, der ſich in Betreff der Immobilien am früheſten entwickelt, hervortritt. Dieſe Verbindung wird aber nicht nur ſo lange angenommen, bis der die Mobilie erwerbende Erbe als ſolcher als Subject der Forderungen erſcheint, ſo daß ſie nur den Uebergang der Forderungen vermittelte, dieſe aber bei dem neuen Subject wieder als ſelbſtſtändige Rechtsverhältniſſe erſchienen, ſondern, eben wegen der beſchränkten Auffaſſung der Obligation, dauert die Verbindung noch über den Erbſchaftserwerb hinaus, die aus der Hinterlaſſenſchaft erworbenen Mobilien, reſp. die durch ſie repräſentirten Werthe erſcheinen noch fortdauernd als die eigentlichen Tilgungsobjecte der Obligationen und der Erbe wird nur ſo weit obligirt, als er die Sache, reſp. den Werth erworben hat. Dieß gilt aber ebenſowol, wenn das Kind, als wenn der Agnat Erbe wird, denn der Grund, aus welchem der Suus als ſelbſtſtändiges Subject der Obligation des Vaters erſcheint, die prägnante Faſſung des engeren Familienvermögens, kennt, wie oben bemerkt, das germaniſche Recht nicht. — Der Uebergang der Activforderungen auf den Erben findet in dem Vorigen ſeine Rechtfertigung von ſelbſt [36]).

36) Ueber die bevorzugte Stellung der männlichen Erben und die einzelnen geſonderten Vermögensmaſſen, Gerade und Heergewäte vergl. u. §. 36.

Das dargeſtellte Recht kann gleichſam als das ideale germaniſche Erbrecht gelten. Daſſelbe iſt aber ſelbſt in der alten Zeit keineswegs allgemein anerkannt. In einzelnen Volksrechten iſt es vielfach modificirt und zwar erſichtlich durch römiſche Einwirkung. Der Begriff des Vermögens wird ſchon annähernd anerkannt, das agnatiſche Recht auf alle Immobilien wird auf einen Theil beſchränkt, der Uebergang der Obligationen dagegen ausgedehnt auf den Betrag der geſammten hinterlaſſenen Werthe oder ſelbſt unbeſchränkt anerkannt [37])

37) Beſeler, Syſtem B. II §. 149 N. 5, iſt geneigt, die unbedingte Haftung des Erben für die Schulden des Erblaſſers als urſprüngliches deutſches Recht anzunehmen, welches erſt durch die ſpätere Ausbildung des Beiſpruchsrechts des nächſten Erben modificirt worden ſei. Dieſe Anſicht iſt nur haltbar, wenn man nicht nur mit Beſeler annimmt, daß das Beiſpruchsrecht des nächſten Erben, ſondern daß auch der demſelben zu Grund liegende Gedanke ſpäteren Urſprungs ſei (ſ. o. S. 324 N. 9); ſodann müßte auch nothwendig der ipso jure Erwerb der Erbſchaft für das alte Recht geläugnet werden (wie denn auch allerdings die gleich zu beſprechende Stelle der l. Ripuariorum einen Erbſchaftsantritt kennt). Die citirten Stellen ſcheinen mir aber auch offenbar auf römiſcher Einwirkung zu beruhen. Für das burgundiſche und langobardiſche Recht darf eine ſolche nicht Wunder nehmen (vgl. z. B. die nicht zu bezweifelnde Aufnahme eines Grundſatzes des römiſchen Erbrechts in l. Liulpr. VI, 102), aber auch die Beſtimmung der l. Ripuar. LXVII, 1 zeigt durch ihre Faſſung, namentlich durch das Urgiren des Annehmens eines Minimum aus der Erbſchaft, daß der römiſche Satz von dem Immiſciren in die Erbſchaft ihr vorgeſchwebt hat. — Auf die Chrenecrude legt Beſeler ſelbſt kein Gewicht. Die Haftung der Verwandten für das ſchuldige Wergeld ſteht in gar keinem Zuſammenhang mit dem Uebergang der Obligation auf den Erben. Dieſelbe beruht auf einer der Zeit der engſten Familiengemeinſchaft angehörenden ſubſidiären Verbindlichkeit der Familienglieder aus einem Verbrechen ihres lebenden Verwandten, und es iſt gewiſſermaßen ihre eigene Schuld, die ſie tilgen, da ſie im Nichtzahlungsfall ihren Verwandten gegen die Rache des Verletzten zu ſchützen haben und dieſer Rache ſelbſt mit verfallen.

u. ſ. w. u. ſ. w. Daß aber dieſe Modificationen ſchon in ſo früher Zeit und in einem Rechtsinſtitut, auf welches mehr als auf ein anderes die ſpecifiſch nationale Anſchauung von Einfluß ſein mußte, erfolgen konnte, zeigt gerade, wie dieſe Anſchauung eben einer niederen Culturſtufe angehört, welche immer, ſo wie ſie mit der einer höheren Culturſtufe angehörenden in Berührung tritt, dieſer weichen muß. Wo das Recht nicht in Berührung mit dem römiſchen Recht kommt, erhält ſich die alte Anſchauung, und ſo finden wir ſie denn in den mittelalterlichen Rechtsbüchern in ihrer faſt urſprünglichen Reinheit [38]) und in ſcharfer Formulirung vor.

Modificationen des alten Erbrechts. — Wenn nach der gegebenen Darſtellung es ſicher iſt, daß das altrömiſche Recht nicht, wie der Verf. behauptet, eine willkürliche Rechtsbildung iſt, ſondern auf der Anerkennung der ſittlichen Zuſammengehörigkeit der Familie beruht, ſo iſt doch nicht zu verkennen, daß daſſelbe eine innere Rechtfertigung lediglich für die Zeit findet, in welcher es galt. Mit den veränderten Culturverhältniſſen mußte es daher eine Umbildung erhalten und hat dieſe auch in ſo tief eingreifender Weiſe erfahren, wie vielleicht kein anderer Rechtstheil. Dieſe Rechtsbildung geht im Allgemeinen dahin, die durch die ſtrenge Faſſung der engeren Familie ihm angelegten formellen Schranken zu durchbrechen und die Conſequenzen der Idee der Zuſammengehörigkeit der Familie ohne Rückſicht auf die formale Geſtaltung der engeren Familie zu realiſiren.

Das germaniſche Recht auf der anderen Seite erſcheint zwar auf die Idee der Familie in ihrer mehr natürlichen Ge-

---

38) In der (beſchränkten) Anerkennung des Repräſentationsrechts der Enkel findet ſich eine Fortbildung des Rechts.

ſtaltung baſirt, die den Agnaten eingeräumten Rechte und die Beziehung derſelben auf eine beſtimmte Art von Sachen ſind aber nur für die Zeit des unausgebildeten Verkehrs berechtigt. Mit der Veränderung des Culturzuſtands mußte auch hier eine Veränderung eintreten, und zwar iſt dieſe im Weſentlichen darauf gerichtet, die agnatiſchen Rechte an Immobilien zu beſchränken, dadurch ſowol eine freiere Dispoſition des Einzelnen über ſein Vermögen, als auch die Ausbildung des Begriffs der Erbſchaft zu ermöglichen. Durch dieſe in beiden Rechten nach verſchiedenen Richtungen hin gehende, in jedem aber im Einzelnen bald beſchränkende, bald erweiternde Thätigkeit werden das germaniſche und das römiſche Erbrecht einander ſo nahe gebracht, daß die Reception der römiſchen Rechtsprincipien in Deutſchland nicht nur gerechtfertigt, ſondern als eine innere Nothwendigkeit erſchien.

Betrachten wir nun dieſe Umbildung nach ihren weſentlichen Momenten.

Das alte Civilerbrecht erſcheint, ſo lange das alte Familienrecht der Sitte entſpricht, als ein vollſtändig ſittlich gerechtfertigtes. Diejenigen Verwandten, welche mit einander in dem anerkannten Familienverhältniß ſtehen, ſuccediren einander; wer aus der Familie verſtoßen oder in eine andere übergeben oder ſelbſtſtändig eingetreten war, iſt naturgemäß ausgeſchloſſen. Der einzelne paterfamilias aber kann, wie er bei Lebzeiten den Kindern Theile des Familienvermögens zuweiſen und Fremde in die Familie aufnehmen kann, dieß auch mit Wirkung für die Zeit nach ſeinem Tode thun. Er handelt hierbei als paterfamilias nach Familienrecht, und wie ſeine Handlungen, die bei ſeinen Lebzeiten wirken ſollen, außerhalb der Cognition des Civilrechts liegen, ſo auch die mortis causa wirkſamen Handlungen.

Mit der Veränderung der Anſichten über die Familie

treten jedoch Inconvenienzen mancher Art hervor. Die Emancipationen werden häufiger, sie erscheinen nicht mehr als ein Verstoßen aus der Familie, sondern nur als eine aus Utilitätsrücksichten hervorgerufene Entfernung der Hindernisse, welche dem eigenen Erwerb des Sohnes entgegenstehen, ein totaler Ausschluß von der väterlichen Hinterlassenschaft erscheint daher sittlich ungerechtfertigt. Damit muß aber auch die Wirkung der Emancipation auf das Verhältniß zu den Ascendenten und Collateralen an Bedeutung verlieren. Umgekehrt erscheint es unbillig, daß der nicht emancipirte Sohn auch das überschuldete Vermögen des Vaters übernehmen und so seine selbstständige Wirthschaft mit einer Menge von Schulden beginnen muß.

Die Ehe mit manus verschwindet fast ganz, aber auch die Dotalehe wird larer. Die Ehefrau bringt nicht mehr ihr ganzes Vermögen als Dos in das Familienvermögen und vermittelt dadurch den Uebergang desselben auf Ehemann und Kinder [39]). Der Ausschluß der Kinder von der Succession in das vorbehaltene Vermögen und in das des Großvaters durch den entferntesten Agnaten, das Nichtvorhandensein irgend eines gegenseitigen Successionsrechts zwischen Mann und Frau — erscheint als Härte.

Mit dem Nachlassen des alten Familienbands erschien aber auch die vollständige Selbstständigkeit der Familie, die Realisirung des Familienrechts in ihrem Innern resp. durch den Vater, der Ausschluß jeder staatlichen Intervention nicht mehr gerechtfertigt. Das Rechtsgefühl verlangte eine freiere Stellung der einzelnen Familienglieder und eine staatliche Controle des Vaters wenigstens in Betreff der wichtigsten Handlungen und zwar, aus begreiflichen Gründen, für die mortis

39) S. o. §. 21 S. 221. S. 226. S. 231 N. 21.

causa wirkſamen eine größere als für die inter vivos vorgenommenen [40]).

Dieſe Umſtände bewirken nun auch eine allmälige fortſchreitende Umbildung des römiſchen Erbrechts. An dieſer Umbildung nehmen alle rechtſchaffenden Organe des römiſchen Volks und Staats Antheil. Da nun, wie ſchon früher bemerkt wurde, für den vorliegenden Zweck gleichgültig iſt, durch welches dieſer Organe ein Rechtsſatz ſeine formale Geltung erhalten hat, ſo braucht auch hier die formale Entſtehung der einzelnen Modificationen des alten Rechts und die nächſte Urſache der jedesmaligen neuen Rechtsſchaffung nicht berückſichtigt, namentlich alſo nicht auf den Gegenſatz des civilen und des prätoriſchen Rechts und ihr gegenſeitiges Verhältniß eingegangen zu werden; haben doch beide die gleiche Tendenz und gelangen beide auch ſchließlich zu einer formalen Vereinigung.

Die emancipirten Kinder werden in Bezug auf das Erbrecht den Sui gleichgeſtellt, die Emancipation wird bei dem Tode des Vaters gleichſam als nicht erfolgt angeſehen. Der Emancipirte erbt deßwegen neben dem Suus, muß aber, wenn er dieß Recht ausübt, zu Gunſten deſſelben das ſeit der Emancipation ſelbſtſtändig Erworbene in das Familienvermögen einbringen. Er muß daher aber auch, wenn der Vater mit Teſtament ſtirbt, welches ihn ausſchließen ſoll, exheredirt ſein; war dieß nicht geſchehen, ſo realiſirte er ſein Recht durch die contra tabulas bonorum possessio. Aber der Emancipirte durfte nicht beſſer geſtellt ſein, als der Suus. Wie jener die väterliche Erbſchaft nicht gegen ſeinen Willen anzutreten brauchte, ſo gewährte der Prätor dieſem durch das

40) S. o. §. 20 S. 200.

beneficium abstinendi die Möglichkeit, ſich der Erbſchaft zu entſchlagen.

Die Ignorirung der erbrechtlichen Wirkungen der Emancipation innerhalb der engeren Familie machte ſich auch in der weiteren geltend, nur in geringerer Stärke; der Begriff der Agnaten ging nicht in dem der Cognaten auf, wie der der Sui in dem der Liberi, ſondern dieſe wurden nach jenen zur Erbfolge berufen. Da aber die Berufung derſelben, ſoweit ſie neu geſchaffen wurde, weder in der Art, wie die der Sui, noch wie die der Agnaten erfolgte, ſondern als zeitlich limitirte Befähigung, in den Beſitz der Erbſchaft ſich einweiſen zu laſſen, ſo war auch eine successio graduum und ordinum möglich.

Ferner wurde den Ehegatten ein Erbrecht eingeräumt und ſpäter ein nahes Erbrecht zwiſchen den Kindern und der Mutter und deren Aſcendenten eingeführt.

Die Dispoſition von Todes wegen erſchien zwar, ſeit die neue Teſtamentsform [41]) die alte verdrängt hatte, nicht mehr als Ausfluß des die engere Familie beherrſchenden, aber auch lediglich in deren Intereſſe nach Familienrecht thätigen väterlichen Willens, durch welchen der Vater die Vertheilung des Familienvermögens ordnete oder einen Quaſiſuus ſchuf, ſondern ſie ſtellte ſich äußerlich mehr als ein Act der willkürlichen Verfügung des Einzelnen über ſein Vermögen dar — trotzdem wurde nicht nur an der Anſchauung feſtgehalten, daß der Teſtator ſich fortdauernd durch die das Familienrecht beherrſchende Pietät binden laſſen mußte, ſondern, wie die Realiſirung derſelben in anderer Beziehung nicht mehr der Familie allein überlaſſen wurde (ſ. o. S. 200), unterzog ſich das Recht auch nach dieſer Richtung der Realiſirung derſel-

41) Ueber dieſe ſ. §. 38.

ben [42]). Wie aber im Inteſtaterbrecht die Ausſchließlichkeit der Anerkennung der engeren Familie mit ihren Conſequenzen aufgegeben war und die natürliche Geſtaltung der Familie durch die contra tabulas bonorum possessio auch im formellen Teſtamentsrecht ihre Berückſichtigung fand, ſo geſchah dieß auch im materiellen Teſtamentsrecht. Die als inofficiös erſcheinende teſtamentariſche Beſtimmung wurde für unwirkſam erklärt. Bei Beurtheilung der Inofficioſität aber ſowol hinſichtlich der Perſonen, gegen welche ſie gerichtet, als hinſichtlich der Modalität der Beſtimmung, durch welche ſie bethätigt erſchien, wurde Anfangs nicht nach beſtimmten abſtracten Rechtsſätzen verfahren, ſondern von dem ſittlichen Begriff als ſolchem ausgegangen und an den einzelnen Fall der ſittliche Maßſtab angelegt. Erſt allmälig entwickelten ſich hieraus (in ähnlicher Weiſe wie bei den bonae fidei negotia, ſ. o. S. 455) einzelne beſtimmte Rechtsſätze. Durch dieſe wurde eine Vereinigung der freien Dispoſitionsbefugniß des Einzelnen mit der ihr formal entgegenſtehenden Berückſichtigung der nächſten Verwandten in der Art bewirkt, daß das Object der erſteren materiell auf eine Quote des Vermögens beſchränkt erſchien [43]).

Von den Modificationen der ſpäteren Zeit, welche eine materielle Bedeutung haben und auch für die Stellung des römiſchen Erbrechts zu dem deutſchen von Bedeutung ſind,

---

42) Das alte Recht der Agnaten in Betreff des Prodigus geht zwar auf mehr als auf eine Beſchränkung der Teſtirfreiheit. Es ſchließt dieſe aber jedenfalls in ſich und kann, wenn man es nur nach dieſer Richtung betrachtet, als ein Recht der Agnaten bezeichnet werden, demjenigen, deſſen Handlungen es wahrſcheinlich machen, daß er ſein Vermögen ſeiner Familie entfremden werde, die Teſtirfreiheit zu entziehen.

43) Dieß tritt namentlich auch durch die Anerkennnng der Anfechtbarkeit einer donatio inofficiosa hervor.

dürften namentlich die Bestimmungen über Transmission der Erbschaft, über das beneficium inventarii und die Verwandlung der Facultät zu instituiren oder zu erherediren in eine Verpflichtung zu Ersterem mit Ausdehnung auf die Person der Ascendenten hervorzuheben sein. —

Wie oben bemerkt wurde, zeigt sich schon im altgermanischen Erbrecht eine große Verschiedenheit der einzelnen Quellen, bei der weiteren Ausbildung derselben tritt aber die particuläre Verschiedenheit noch weit mehr hervor. Weniger stark ist sie bei dem alten Recht aus dem äußeren Grund, weil noch nicht so viele kleinere selbstständige Rechtskreise sich gebildet hatten und die Abgränzung dieser noch eine lediglich locale war; ferner aus dem inneren Grund, weil überall noch die Voraussetzungen der alten Erbrechtsprincipien vorlagen und die mithin innerlich berechtigte Rechtsbildung nur durch eine vielfach verfrühte [44]) Einwirkung des römischen Rechts modificirt wurde. Das spätere Recht hingegen entwickelt sich in einer großen Anzahl weit selbstständigerer Rechtskreise, welche nicht nur local, sondern auch nach der verschiedenen Stellung der ihnen angehörenden Personen abgegränzt sind. Es verändern sich aber auch die Voraussetzungen der alten Gestaltung des Erbrechts selbst und es mußte dieser Veränderung auch von dem Recht Rechnung getragen werden. Da nun aber diese Veränderungen selbst in den einzelnen Rechtskreisen weder zu derselben Zeit, noch in derselben Stärke gleichmäßig hervortraten, so mußte auch, abgesehen von den mancherlei Zufälligkeiten, welchen jede Rechtsbildung namentlich in kleineren Rechtskreisen ausgesetzt ist, die Veränderung des Erbrechts zu sehr verschiedenen Resultaten führen. Es kann

44) Aus dieser Verfrühung erklärt es sich auch, warum das spätere Recht mitunter wieder zu den ursprünglichen Sätzen zurückkehrte.

daher eine genaue Darſtellung des neuen Erbrechts noch weniger gegeben werden, als eine ſolche für das alte Erbrecht möglich iſt, und nur im Allgemeinen kann der Entwickelungsgang angegeben und die Modificationen namhaft gemacht werden, welche ſich in den meiſten Rechtskreiſen noch vor der Reception des römiſchen Rechts ausgebildet hatten.

Mit dem ſteigenden Verkehr verliert die Immobilie ihre frühere Bedeutung, während die der Mobilie dagegen zunimmt. Die Veräußerungen der Immobilien ſind dadurch leichter ermöglicht und erſcheinen auch jetzt nicht mehr als in der Regel unvortheilhafte Vermögensverfügungen (ſ. o. S. 326). Sowol die verſchiedenen Arten von Mobilien, als auch die Immobilien können nun mit Bezugnahme auf ihren Werth betrachtet werden und der Begriff der Sache tritt abſtracter hervor. Zugleich wird die Zuſammengehörigkeit der Familie nicht mehr mit der früheren Stärke gefaßt. Die Veräußerungsunterſagungsbefugniß des Erben erſcheint ſomit nicht mehr innerlich gerechtfertigt, wird daher beſchränkt (z. B. auf beſondere Arten von Immobilien, auf ererbte, auf durch mehrere Generationen hindurch vererbte) oder verliert ſich ganz. Das agnatiſche Recht wird zum reinen Erbrecht. Die Immobilien können nun auch als Objecte der Realiſirung der Obligation betrachtet werden, die Schulden des Erblaſſers werden daher als auf der geſammten Hinterlaſſenſchaft ruhend angeſehen und gehen mit dieſer auf die Erben über. Ebenſo gewährt dieſe Veränderung die Möglichkeit der Ausbildung eines Erbrechts der Ehegatten und einer feineren Geſtaltung der Dispoſitionen von Todes wegen. Dieſe nehmen eine andere Form an (ſ. u. §. 38). Wenn aber auch das Recht der Erben bei Lebzeiten des Erblaſſers beſchränkt oder aufgehoben wird, ſo wird doch die Wirkung der Familienzuſammengehörigkeit nicht lediglich auf die Fähigkeit, ab intestato

zu ſuccediren, beſchränkt, ſondern es wird das Recht des nächſten Verwandten auf eine ſolche Succeſſion fortdauernd anerkannt, und da daſſelbe nicht mehr durch das Beiſpruchsrecht geſchützt iſt, ſo tritt das Bedürfniß nach einer anderweiten Sicherung hervor. Da aber die Ausdehnung der Zuſammengehörigkeit auf alle, auch die entfernteren Verwandten nicht mehr der ſittlichen Anſchauung entſpricht, ſo macht ſich das Bedürfniß auch nur in Betreff der nächſten Vewandten geltend.

Es finden ſich ſonach die weſentlichen Principien, welche dem juſtinianiſchen Erbrecht zu Grunde liegen, theils ſchon in einzelnen Rechtsſätzen realiſirt vor, theils iſt das Recht im Begriff, dieſelben zu realiſiren und ſucht vielfach nur nach einer paſſenden Formulirung. Das Erſtere iſt z. B. hinſichtlich des Uebergangs der Schulden auf den Erben in den meiſten Stadtrechten der Fall, das Zweite hinſichtlich des Pflichttheilsrechts. Allerdings fehlte es auch nicht an einzelnen Verſchiedenheiten zwiſchen beiden Rechten, aber dieſelben lagen entweder nur in der Formulirung [45]), oder die betreffenden Sätze des einheimiſchen Rechts konnten als Ausnahmen aufgefaßt werden [46]). Das römiſche Recht konnte mithin nicht

45) So weichen z. B. die Sätze beider Rechte hinſichtlich des Umfangs des Uebergangs der Schulden auf den Erben an ſich von einander ab; durch das beneficium inventarii iſt aber nicht nur dem römiſchen Erben die Möglichkeit gegeben, ſeine Haftung auf das Maß der Haftung des deutſchen Erben zurückzuführen, ſondern auch einzelne deutſche Rechte gehen theoretiſch gleichſam von der abſoluten Haftung des Erben aus und faſſen den deutſchen Rechtsſatz ſo auf, daß vermöge deſſelben dem Erben die Möglichkeit gegeben iſt, ſich durch Abtretung der Erbſchaft von der unbedingten Haftung zu befreien. S. z. B. Goslariſche Statuten (Göſchen) S. 6 Z. 31.

46) In manchen Rechtskreiſen beſtand die beſondere Bedeutung der Immobilie noch fort und die alten Rechtsſätze erſchienen noch als gerechtfertigt. Da aber dieſe Gründe in der ſpäteren Zeit als auf der beſonderen Stellung der dieſen Rechtskreiſen angehörenden Perſonen

als ein total fremdes, der deutſchen Auffaſſung principiell widerſtrebendes erſcheinen und es hatte den Vortheil einer wiſſenſchaftlichen Aus- und Durchbildung. Die Sätze, an deren Feſtſtellung man arbeitete, waren dort klar und präcis formulirt, den Bedürfniſſen, deren Befriedigung man anſtrebte, fand man dort in der paſſendſten Weiſe abgeholfen. Es war deßwegen gleichſam eine innere Nothwendigkeit, daß man, ſowie man das römiſche Erbrecht kennen lernte, es auch recipirte, d. h. als geltendes anſah. Daß aber die Reception keineswegs in einem willkürlichen und unmotivirten Aufdringen beſtand, ſondern ein natürlicher und nothwendiger Act der Rechtsentwickelung war, zeigt ſich darin, daß die römiſchen Principien da am frühſten und am umfaſſendſten aufgenommen wurden, wo die gleichen thatſächlichen Vorausſetzungen wie in Rom vorlagen, daß ſie aber, wo dieſe noch nicht ausgebildet waren, nur allmälig Eingang fanden und daß ſie in denjenigen Rechtskreiſen, welche ſich der Umbildung der ökonomiſchen Verhältniſſe am längſten entzogen, bis in die neueren Zeiten nur theilweiſe Anerkennung fanden [47]).

§. 36.

Princip der Erbtheilung.

Darſtellung des Verfs.: Nach römiſchem Princip der Erbfolge als der Succeſſion in die Perſon des Erblaſſers gehört der geſammte Nachlaß den einzelnen Erben nach ideellen Theilen, das gegenſeitige Verhältniß der Erben wird ganz nach den für jede andere communio geltenden Regeln beur-

---

beruhend angeſehen wurden, ſo war es gegeben, die aus demſelben hervorgegangenen reſp. wegen derſelben beibehaltenen Rechtsſätze als Ausnahmebeſtimmungen aufzufaſſen.

47) Vergl. das über die Art und Weiſe der Reception des römiſchen Teſtamentsrechts in §. 38 Geſagte.

theilt und „das eigenthümlich Römiſche beſteht in der conſequenten Durchführung dieſes Princips und in der Nichtbeachtung der ſittlichen Rückſichten, welche eine Modification jenes Princips fordern und im germaniſchen Recht auch wirklich herbeiführen“. Die germaniſche Erbfolge dagegen beruht auf der ſittlichen Nächſtberechtigung der Erben, die Erben ſuccediren nicht in die Perſon des Erblaſſers, ſondern die von dieſem nachgelaſſenen Vermögensobjecte fallen ihnen als den Nächſten zu. Dieſes Princip kömmt unter den Erben ſelbſt in ſo weit zur Anwendung, als vermöge der Natur einzelner Vermögensbeſtandtheile in Bezug auf dieſe einzelnen Erben eine größere ſittliche Nächſtberechtigung zuerkannt werden muß. Daher die beſondere Succeſſion in Heergewäte und Gerade, daher der Vorzug des Mannsſtamms hinſichtlich des Grundeigenthums, daher das jus recadentiae. Im Uebrigen theilen die gleich nahen Erben nach gleichen Theilen, das Theilungsprincip differirt aber darin vom römiſchen, „daß nicht wie bei dieſem der pecuniäre Vortheil der Einzelnen für die Theilungsart maßgebend iſt, die Theilung vielmehr geſchieht, wie „unter Brüdern“ getheilt werden ſoll, daher z. B. keine Licitation um den höchſten Preis zu erzielen begehrt, überhaupt kein judicium familiae herciscundae im römiſchen Sinn gefordert werden darf, die Erben ſich vielmehr über die Theilung vertragen müſſen, und dafür nur die Regel feſtgeſetzt iſt, welcher der Erben, wenn ſie ſich über keine andere Auseinanderſetzung verſtändigen können, die Theile zu machen (der ältere, der die Theilung verlangende), welcher zu wählen hat (der jüngere). Dieſe allgemeinen Grundſätze erleiden nach der Natur der Erbſchaftsobjecte, der Lebensſtellung und dem Beruf der einzelnen Erben Modificationen und es bildet ſich ein verſchiedenes Erbrecht für die verſchiedenen Stände aus. In den Städten wird, da ein Grund zur Bevorzugung

einzelner Kinder nicht vorliegt, die Gleichberechtigung der Erben anerkannt, anders bei Adel und Bauerſtand. Zu einer Naturaltheilung ſind die Erben regelmäßig nicht befugt, völlige Abfindungen der Miterben in Geld würde aber die Exiſtenz des Gehöfts- und Rittergutserben gefährden, auch ihn verhindern, den Pflichten „des ihm um höherer Zwecke willen verliehenen Amts“, ſeinen Gemeinde- reſp. gutsherrlichen Pflichten genügend nachzukommen, daher erſcheint hier eine Individualſucceſſion gerechtfertigt, daher Anerkennung des Rechts der Anerben im Bauernſtand, Einführung der Primogenitur beim hohen Adel, beim niederen Adel Vorzug des Mannsſtamms bei der Succeſſion in das Lehngut und Unveräußerlichkeit deſſelben, ſpäter fideicommiſſariſche Sicherung des Princips gegenüber den römiſchen Rechtsprincipien. — Am klarſten und ſchärfſten ſind die germaniſchen Rechtsſätze bei den Domänen der fürſtlichen Familien „erhalten“. Wie jeder Menſch die Auskünfte ſeines Vermögens für die Erfüllung der ſittlichen Pflichten verwenden muß, welche ſeine Lebensſtellung mit ſich bringt, ſo hat der Fürſt die Verpflichtung, die Laſten der Regierung aus den Einkünften der Domänen zu beſtreiten, daher ſind die Nachgeborenen verpflichtet, ſich mit ſtandesmäßiger Apanage zu begnügen. „Die Nothwendigkeit des germaniſchen Erbfolgeprincips im Domanium machte ſich mit ſolcher Stärke geltend, daß ſie ſchließlich die Vorſtellung erzeugte, die Domänen ſeien gar nicht Eigenthum des Fürſten, ſondern Staatseigenthum“. —

Die Bezeichnung „Erbtheilung“ iſt, wie man ſieht, in einem etwas weiten Umfang gebraucht, es erſcheint daher geeigneter, die hier berührten Momente im Einzelnen zu betrachten.

1) Ueberall, wo die Familie als ein feſtes geſchloſſenes Ganze auftritt, iſt die größere Berechtigung des Manns-

ſtamms anerkannt und zwar geht dieß ſowol daraus hervor, daß in dieſem geſellſchaftlichen Zuſtand nur die männlichen Glieder der Familie auch nach außen Geltung haben, während lediglich die Familie die Sphäre der Frau bildet, als auch daraus, daß die Frau von Natur darauf gewieſen iſt, aus ihrer Familie in eine fremde überzutreten, mulier finis est familiae. Bei allen Völkern zeigt ſich daher auch mit dem Nachlaſſen der Familienbande eine Erweiterung der Rechtsfähigkeit und namentlich der Erbfähigkeit der Frau. Regelmäßig beginnt ihre Rechtsfähigkeit mit dem Recht an dem, was ſie unmittelbar an ihrem Körper trägt und auf das, was dazu beſtimmt iſt, und ihr Ende erreicht die Entwickelung mit der Fähigkeit der Frau, neben den gleich nahen männlichen Verwandten in das Grundeigenthum zu ſuccediren. Der Zwiſchenſtufen ſind viele; weniger ſind dieſe beſtimmt nach der abſoluten Rechts- reſp. Succeſſionsfähigkeit als nach der relativen, d. h. nach dem Grade des Bedingtſeins der weiblichen Erbfolge durch die Nichteriſtenz von männlichen Erben. Das ältere germaniſche Recht bewegt ſich nun in den verſchiedenen Rechtskreiſen auf dieſen Zwiſchenſtufen. Nach dem einen Recht erhält die Frau nur die übliche Ausſteuer und iſt von aller Folge in das übrige Vermögen ausgeſchloſſen, aber nur von den nächſten Verwandten des Erblaſſers; nach einem anderen ſchließt der ganze Mannsſtamm ſie von der Folge in die Immobilien aus, in der übrigen Erbſchaft aber geht ihr nur der gleich nahe männliche Erbe vor oder concurrirt mit ihr; nach einem anderen ſuccedirt ſie neben den entfernteren männlichen Erben in einen geringen Theil der Immobilien; nach einem anderen erhält ſie dieſen nur zur Leibzucht; mitunter iſt das Recht verſchieden in Betreff des ererbten und des gewonnenen Guts u. ſ. w. u. ſ. w. Ueberall alſo, mit vielleicht einziger Ausnahme der an der Hand des römiſchen Rechts

vorgeſchrittenen Weſtgothen, iſt ein Vorzug des Mannsſtamms im Erbrecht anerkannt. Aber nur ſo lange dauert dieſe Anerkennung, als die ausgezeichnete Stellung der Immobilie als des hauptſächlichen Vermögensſtücks dauert, und als die Familie in ihrer alten Bedeutung ſich erhält. In der Stadt verliert die Immobilie ihre beſondere Bedeutung und die prägnante Faſſung des Staatsbegriffs in der Stadt läßt auch die Rechtsfähigkeit der Frau als Individuum hervortreten. In den Städten bildet ſich daher auch eine Gleichſtellung der Succeſſion des Weibs- und des Mannsſtamms aus, ohne daß eine Einwirkung des römiſchen Rechts darauf anfänglich erſichtlich iſt. In denjenigen Rechtskreiſen dagegen, in welchen die Bedeutung der Immobilie noch immer vorwiegend blieb und zugleich die Familie noch eine feſtere Fügung bewahrte, erhielt ſich der Vorzug des Mannsſtamms. In Betreff der Güter, welche nicht im freien Eigenthum des Beſitzers ſtanden, erklärt ſich die Bevorzugung des Mannsſtamms aus dem Conſtituirungsact des abgeleiteten Beſitzrechts.

In Rom findet ſich in den älteſten Zeiten ein Vorzug des Mannsſtamms in der Inteſtatſucceſſion nur in ſehr beſchränkter Weiſe. Frauen konnten nicht berufen werden ultra consanguinitatis gradum, aber andere Rechtseinrichtungen verhinderten, daß das Vermögen durch Uebergang auf die Frauen der Familie entfremdet wurde. War die dem Grade nach nächſte Verwandte ſchon bei Lebzeiten des Erblaſſers durch Heirath in eine fremde Familie eingetreten, ſo war ſie von der Erbfolge dadurch ausgeſchloſſen. Gehörte ſie noch ihrer Familie an, ſo konnte ſie das Ererbte der Familie durch Teſtament gar nicht entfremden, in anderer Weiſe (ſelbſt durch conventio in manum und Dotalbeſtellung ſ. o. S. 268)

nur mit Zuſtimmung ihrer Tutoren [1]), und ab intestato wurde ſie bis zum S. C. Orphitianum, auch wenn ſie Kinder hatte, nur durch ihre eigene Familie beerbt. Eine ſpätere geſetzliche Beſchränkung erfuhren die Frauen durch Minderung ihrer paſſiven Teſtamentsfähigkeit. Einer ſpäteren Zeit aber gehört die lex Voconia erſt an, weil früher ein Bedürfniß zu einer derartigen Beſchränkung nicht vorliegen mochte. Wie im germaniſchen Recht verloren ſich auch im römiſchen dieſe directen und indirecten Beſchränkungen mit der Zeit allmälig und im recipirten Recht findet ſich keine Spur mehr vor.

2) Eine Individualſucceſſion in das Vermögen iſt dem altgermaniſchen Recht fremd. Nur in ein abſolut untheilbares politiſches Recht findet ſie ſtatt, für die privatrechtliche Succeſſion wird aber ausdrücklich und ſelbſt mitunter im Gegenſatz zu der Individualſucceſſion fremder Rechte der Grundſatz der Theilung unter mehrere Miterben an den ver-

---

1) Savigny (Abhandl. der Berliner Akademie 1820. 21 hiſtor. philoleg. Cl. S. 233) nimmt auf dieſe Tutel Bezug, um die ſcheinbare Inconſequenz der lex Voconia zu rechtfertigen, welche nur das teſtamentariſche Erbrecht der Frauen beſchränkt. Die ab intestato erbende Frau habe nothwendig unter der Tutel der Agnaten geſtanden, und dadurch ſeien die Anſprüche dieſer geſichert geweſen, der teſtirende Vater aber habe der Tochter einen fremden Tutor ernennen können. Allerdings iſt dieſe Argumentation durch Haſſe's (Rheiniſches Muſeum B. III S. 190) Bemerkung widerlegt, daß dadurch die Beſchränkung der consanguinea nicht erklärt werde, welcher der Teſtator keinen Tutor ernennen konnte. Sollte aber der der Erklärung Savigny's zu Grund liegende Gedanke nicht dadurch vertheidigt werden können, daß man nach Analogie des Nichtvorhandenſeins einer cura legitima über den Prodigus, welcher ſeinen Vater teſtamentariſch beerbt hat, eine materielle Beſchränkung des Rechts des tutor legitimus mulieris hinſichtlich des durch Teſtament erworbenen Vermögens annimmt? Aus inneren Gründen ſcheint dieſe Annahme ſicherlich gefertigt.

ſchiedenſten Orten ausgeſprochen [2]). Allodiale Grundſtücke wurden unter den Miterben getheilt oder von denſelben gemeinſchaftlich beſeſſen. Hatte Jemand einem Anderen Beſitzrechte an einem Grundſtück zugeſtanden, ſo blieb es ihm natürlich vorbehalten, auch wenn er die Erblichkeit dieſer Rechte zugeſtand, doch die Untheilbarkeit derſelben feſtzuſtellen, und ſo bildete ſich im Lehnrecht der Grundſatz aus, daß der Lehnsherr nur Einen der Söhne des verſtorbenen Vaſallen als Vaſallen anzunehmen brauchte. Selbſt dieſer Satz modificirte aber den Grundſatz von der Gleichberechtigung mehrerer Miterben nicht. Der Empfänger des Lehens mußte die Miterben entſchädigen, ſo daß er ihnen entweder entſprechende Theile des Allodialvermögens überließ oder ihnen Rechte an dem Lehngut, welches er dem Lehnsherrn gegenüber allein vertrat, oder an deſſen Früchten einräumte. Hierin zeigt ſich im Gegenſatz zu Frankreich und England, wo der feudale Grundſatz das Erb-

2) Schulze, Das Recht der Erſtgeburt §. 31. Homeyer, Ueber die Heimath (Abhdl. d. Berl. Akad. v. 1852) S. 54. Auch was der Letztere in der angeführten geiſtreichen Abhandlung über das Hantgemal ausführt, beweiſt nicht für die Anerkennung der Individualſucceſſion im Sinne des Verfs. Es wird dort vielmehr nur wahrſcheinlich gemacht, daß gewiſſe Familien einen Grundbeſitz gehabt haben, auf welchen ihre politiſche Bedeutung radicirt geweſen ſei, und daß dieſer immer auf dasjenige Familienglied übergegangen ſein möge, welches die politiſchen Rechte vorzugsweiſe ausgeübt habe. Dieſe beſondere Qualification hatte aber keineswegs das geſammte Grundvermögen, ſondern das Hantgemal mochte oft nur einen kleinen Theil deſſelben bilden, wie aus mehreren der von Homeyer angeführten Beiſpiele, ferner aus der particulären Gewohnheit, dem älteſten Sohn die Stammburg mit einem geringen Grundbeſitz vorzugsweiſe zuzuweiſen, hervorgeht. Nicht die Amtsnatur des Grundbeſitzes, ſondern die Verbindung eines beſtimmten Grundſtücks mit einem Amt bewirkte die Individualſucceſſion, bei welcher ſogar noch nicht einmal feſtſteht, ob nicht in derſelben Weiſe, wie beim Lehen die Miterben eine anderweite Entſchädigung erhielten.

recht ſchon früh modificirte, wie feſtbegründet das allodiale Princip der Theilung in Deutſchland war. Nach dem ſpäteren Lehnrecht findet auch eine Theilung des Lehens ſelbſt unter mehrere Lehnerben ſtatt. — Eine Individualſucceſſion wurde ſowol in Bezug auf Lehen, als auf Allod erſt in ſehr ſpäter Zeit eingeführt, oder richtiger, es wurde die Möglichkeit der concreten Einführung der Individualſucceſſion durch Privatdispoſition anerkannt. Die Wirkſamkeit derartiger Dispoſitionen iſt aber nicht aus dem alten Erbrechtsprincip abzuleiten, mit welchem ſie nicht einmal verträglich war, vielmehr beruht die exorbitante Befähigung des Fideicommißſtifters auf dem erſt mit der Reception des römiſchen Rechts zur vollen Anerkennung gekommenen Grundſatz der unbedingten Möglichkeit der unbeſchränkten Dispoſition mit Wirkung über den Tod hinaus. Der Grund der fideicommiſſariſchen Einführung der Individualſucceſſion liegt aber auch keineswegs in der Rückſicht auf das Staats- und Gemeinwohl, reſp. in der Ueberzeugung, daß die Pflichten der größeren Gutsbeſitzer für das Gemeinwohl gerade durch Einführung der Individualſucceſſion am angemeſſenſten erfüllt werden könnten, wenigſtens iſt dieß gewiß nie der nächſte Zweck geweſen, als ſolcher erſcheint vielmehr überall die Sorge für die Erhaltung der Familie.

Einen weiteren Beleg dafür, daß die privatrechtliche Individualſucceſſion dem germaniſchen Recht urſprünglich fremd war, bieten die Rechtsverhältniſſe der ſpäteren Landesherrn. Urſprünglich fand zwar in die Grafſchaft und das Herzogthum eine Individualſucceſſion ſtatt, dieß war aber eine nothwendige Folge aus der richtigen Erkenntniß der Grafſchaft und des Herzogthums. Nicht ein Patrimonium war von dem König dem Grafen und dem Herzog übertragen, ſondern dieſer war in ein Amt eingeſetzt und hatte damit die Reve-

nüen des Amts; es ward ferner allmälig ausdrücklich oder ſtillſchweigend zugeſtanden, daß ein Nachfolger des Beamten ebenfalls wieder das Amt zur Verwaltung erhalten ſollte und damit die Revenüen des Amts, d. h. das mit dem Amt verbundene Gut als Lehen. Die Allodialgüter hingegen wurden von den Miterben getheilt. Als aber die Amtsnatur zurücktrat und die Grafſchaft, und ſpäter auch die mit dem Herzogthum zum Fürſtenthum verbundene Grafſchaft mehr als ein nutzbares Vermögensrecht betrachtet wurde, ſo fing man auch an, dieſe eben als Patrimonium zu theilen, und dieſe Theilung wurde fortgeſetzt, bis wieder ein Umſchwung in der Auffaſſung des Fürſtenthums eingetreten war, und damit der patrimoniale Charakter wieder in den Hintergrund trat. Mit der Untheilbarkeit der Territorien wurde nun auch die Untheilbarkeit der Domänen fideicommiſſariſch feſtgeſtellt. Dieſe Veränderung trat aber erſt nach der Reception des römiſchen Rechts, zum Theil erſt lange nach derſelben ein.

Die Individualſucceſſion in Bauerngüter findet ſich zuerſt bei ſolchen, welche in abgeleitetem Beſitz ſtehen, und welche durch ſtillſchweigende Connivenz oder ausdrückliche Beſtimmung des Gutsherrn zwar vererblich wurden, aber immer nur auf Einen Erben übergehen ſollten. Die freien, auch mit vogteilichen Laſten belegten, Güter waren dagegen de jure theilbar, wenn auch thatſächlich die Naturaltheilung oft nicht vorgenommen worden ſein mag, und entweder die mehreren Berechtigten zuſammen blieben, oder der eine und andere ſich vertragsmäßig abfinden ließ. Erſt in den letzten Jahrhunderten wurde mit Anknüpfung an dieſe Sitte die Untheilbarkeit der Bauerngüter, auch der eigenthümlichen, aus nationalökonomiſchen Rückſichten an manchen Orten proclamirt und damit ein beſtimmter Modus der Abfindung der nicht ſuccedirenden Miterben eingeführt, öfters aber nur mit ſubſidiärer Wirkſamkeit

für den Fall, daß die Miterben nicht zu einer Veräußerung ſchreiten wollten. Ein Rückſchluß hieraus auf ein beſonders erbrechtliches Princip dürfte jedoch, wenn man die Einführungsacte und die Zeit der Entſtehung derſelben berückſichtigt, kaum gerechtfertigt ſein.

3) Das jus recadentiae erſcheint allerdings als eine ſittlich ſehr motivirte Modification der allgemeinen Principien über Erbtheilung und der Erbfolge nach Gradesnähe, aber freilich nur, ſoweit dabei die Familie der Aeltern des Erblaſſers in Betracht kömmt, und daher nur eine zweifache Theilung der Hinterlaſſenſchaft nach ihrem Urſprung ſtattfindet. Es hat etwas Gefühlwidriges, daß das Vermögen aus einer Familie in eine ganz fremde übergeht, obgleich die Abſicht der nächſten Intereſſenten nicht darauf gerichtet war und das beide vereinigende Band, die von Gliedern beider Familien abgeſchloſſene Ehe, reſp. das aus dieſer Ehe geborene Kind, nicht mehr exiſtirt. Hat ſich das aus einer Familie herſtammende Vermögen ſchon mehrmals ſelbſtſtändig auf Deſcendenten vererbt, ſo verliert ſich die Erinnerung an die Herſtammung deſſelben immer mehr, und der Rückfall wird nicht mehr als ſittliches Poſtulat erſcheinen. Bei den Römern konnte er dieß auch nicht in der erſten Generation ſein, da bei der Mannsehe ein Nexus mit der mütterlichen Familie überhaupt nicht ſtattfand, in der Dotalehe aber das Paraphernalvermögen der Frau nur durch beſondere Dispoſitionen an die Kinder gelangen konnte, das in die Ehe eingebrachte aber ebenfalls der Familie eventuell reſervirt werden, zudem aber durch letztwillige Verfügungen jede Unbilligkeit leicht ausgeglichen werden konnte [3]).

3) Das letztere Moment läßt auch für unſer heutiges Recht den Mangel des Rückfallsrechts weniger vermiſſen.

4) Der Verf. behauptet, nach deutſchem Recht exiſtire eine Klage auf Erbtheilung reſp. aus der Erbtheilung nicht, die Erben müßten ſich vielmehr vertragen. Es enthielte dieſe Ausſchließung, wenn ſie wirklich begründet wäre, ein testimonium paupertatis in beſter Form, da ja damit geſagt wäre, daß das deutſche Recht Rechte anerkenne ohne die Möglichkeit der rechtlichen Realiſirung derſelben. Was aber die dem deutſchen Recht vindicirte beſondere Art der Erbauseinanderſetzung durch Theilung durch den älteren, Wahl durch den jüngeren Miterben betrifft, ſo möge der Verf. aus den Citaten in Gaupp's germaniſchen Anſiedlungen S. 90 ſich überzeugen, wie auch den Römern dieſer in deutſchen Quellen vorgeſchlagene Theilungsmodus bekannt war. — Daß die beſondere Behandlung der Gerade ihren Grund in der geringen Ausbildung des Verkehrs und dem folgeweiſen Mangel des Werthbegriffs oder der Uebung der Anwendung deſſelben hat, bedarf nur einer Andeutung. Deßwegen verliert ſie ſich auch früh in den Städten und ſtirbt auch da, wo ſie ſich noch nach der Reception des römiſchen Rechts erhalten hatte, als völlig überlebtes Inſtitut ab. Daſſelbe gilt von dem Heergewäte. —

§. 37.

Das Erbrecht der Wittwe.

Der Verf. ſtellt der Unbilligkeit, daß nach römiſchem Recht nach dem Tode des Mannes die uxor in manu ohne Rückſicht auf ihr eingebrachtes Vermögen lediglich Kindestheil erhält, und daß die nach Dotalrecht lebende Ehefrau nur ihre Dos und zwar nur das, was in natura von derſelben noch vorhanden iſt, zurückbekömmt, die aus der germaniſchen Auffaſſung der Ehe als Lebensgemeinſchaft entſpringenden Grundſätze des deutſchen Rechts gegenüber. Nach dieſem ſoll gar

nicht unterſucht worden ſein, welche Gegenſtände die Frau wirklich inferirt habe, ſondern ſtatt des Eingebrachten die vorhandenen Gerade zurückgegeben worden ſein; ferner habe die Wittwe einen doppelten Anſpruch an den Nachlaß der Manns, nämlich auf lebenslängliche Verſorgung aus demſelben und auf einen Theil der Errungenſchaft. Dieſe Anſprüche hätten nun in den verſchiedenen Ständen eine verſchiedene Richtung erhalten.

Zur Würdigung dieſer Darſtellung braucht im Allgemeinen nur auf das oben §. 21 über die ehelichen Güterverhältniſſe Ausgeführte Bezug genommen zu werden, und es ſind nur einige Puncte hevorzuheben.

Das alte deutſche Recht kennt eine Succeſſion der Wittwe nicht, auch wird der allerdings vorhandene ſittliche Anſpruch derſelben, aus der Erbſchaft des Manns unterhalten zu werden, faſt überall durch die beſonderen Dispoſitionen des Ehemanns realiſirt, und das Recht gewährt nur die Möglichkeit zu ſolchen Dispoſitionen, wie auch das römiſche Recht die Beſtellung des Uſusfructus geſtattet, welcher namentlich der Wittwe häufig beſtellt wurde (ſ. o. S. 274). Die Möglichkeit, durch letzten Willen den Uſusfruct zu beſtellen und andere Zuwendungen zu machen, gewährte aber den Römern ein vorzügliches Mittel, den ſittlichen Anſpruch der Ehefrau in der dem concreten Verhältniß am meiſten entſprechenden Weiſe zu realiſiren, und machte eine anderweite rechtliche Realiſirung überhaupt unnöthig. — Ueber die Unſchlüſſigkeit der Argumentation aus dem keineswegs allgemeinen Recht auf die eheliche Errungenſchaft vergl. o. S. 272 und 281. — Was die gerügte Verſchiedenheit hinſichtlich der Reſtitution des Eingebrachten betrifft, ſo iſt zu bemerken, daß die Dos häufig in Geld gegeben wurde, oder wenn in Sachen, dieſe äſtimirt

gegeben werden konnten, also als Capital, die Gerade aber nur ein sächsisches Institut ist.

Wenn wir aber endlich das römische Recht, wie es recipirt wurde, betrachten, so erscheint das justinianische Recht der armen Wittwe als eine rechtliche Anerkennung der Ansprüche der Frau, welche gerade nach den dem Verf. geläufigen Anschauungen den sittlichen Anforderungen in eminenter Weise entspricht. Müßte es doch nach der Auffassung des Verfs. in hohem Grade unbillig erscheinen, wenn die reichdotirte Wittwe das durch die Rückzahlung der Dos vielleicht bedeutend geschmälerte eheliche Vermögen durch Geltendmachung weiterer Ansprüche zum Nachtheil der Kinder noch mehr verringern dürfte [1]).

§. 38.

Testamente und Erbverträge.

Der Verf. stellt die Befugniß, über das Vermögen für den Todesfall zu verfügen, als aus der im römischen Recht anerkannten absoluten Dispositionsbefugniß von selbst sich ergebende Consequenz dar; nur die Form habe Schwierigkeiten gemacht. Ein Vertrag habe nicht genügt, solchen Dispositionen Gültigkeit zu verschaffen, da derselbe nur Wirkungen unter den Contrahenten hervorgebracht habe, es sei daher ein specieller Volksbeschluß nöthig geworden — testamentum comitiis calatis und in procinctu — später sei eine weitere sich aus einer wirklichen Eigenthumsübertragung des Vermögens entwickelnde Form, das testamentum per aes et libram hinzugekommen, welche als die bequemere die älteren Formen verdrängt habe. Der materielle Inhalt und Umfang der Dispositionsbefugniß sei ursprünglich eben wegen der absoluten

1) Non erit justum gravare filios per successionem. Nov. 53 c. 6.

Herrſchaft über das Vermögen unbeſchränkt geweſen, ſpäter erſt habe das ſittliche Bewußtſein gegen die praktiſchen Conſequenzen dieſes Rechtsſatzes reagirt, und zwar in „charakteriſtiſcher Weiſe". Eine directe Beſchränkung ſei nach der ganzen Grundrichtung des juriſtiſchen Denkens der Römer unmöglich geweſen, man habe ſich deßwegen mit der Fiction, der Teſtator ſei geiſteskrank geweſen, geholfen.

„Nach den Grundprincipien des germaniſchen Rechts dagegen könne von einer Befugniß des Einzelnen, über die Vererbung ſeines Vermögens ſubjectiv willkürliche Vorſchriften aufzuſtellen, von vorn herein keine Rede ſein. Die Erbfolge ſowol, als die Erbtheilung ſeien nach dem Princip der ſittlichen Nächſtberechtigung ein für allemal geregelt." „Allerdings könnten Fälle vorkommen, wo beſondere Verhältniſſe den Wunſch eines Menſchen, die Vererbung ſeines Vermögens ſelbſtſtändig zu regeln, als einen ſittlich erlaubten erſcheinen ließen und in denſelben Fällen, in welchen Jemand unter Lebenden veräußern dürfe, würde auch der Veräußerung von Todes wegen kein Bedenken entgegenſtehen. Für ſolche Verfügungen bedürfe es aber wiederum einer beſonderen Form nicht, ſondern es genügten dazu die gewöhnlichen Rechtsformen, wodurch Jemand einem Dritten Rechte an ſeinem Vermögen einräume, weil der germaniſche Eigenthumsbegriff nicht den Charakter der Ausſchließlichkeit im römiſchen Sinn habe, und daher die Mitaufnahme eines Dritten in die Gewere, um ihm das Recht der Erbfolge zu geben, ein juriſtiſch mögliches Geſchäft ſei. Die zur Begründung einer beſonderen Erbfolge dienende Rechtsform ſei daher die Form des Erbvertrags, und vom germaniſchen Standpunct aus betrachtet, ſei auch in einem Erbvertrag nichts den guten Sitten Zuwiderlaufendes zu finden, da eben die Realiſirung der durch einen ſolchen Vertrag allerdings beſchränkten ſubjectiven

Willensfreiheit überall nicht das Problem der germaniſchen Staats- und Rechtslehre ſei."

Je urſprünglicher die Lebensverhältniſſe eines Volks ſind, um ſo mehr ſtimmt die ſittliche Anſchauung des Einzelnen mit der allgemeinen überein, um ſo vernünftiger erſcheinen dem Einzelnen die aus der allgemeinen ſittlichen Anſchauung hervorgegangenen Sitten- und Rechtsſätze, und um ſo weniger tritt ein Bedürfniß hervor, die Rechtsverhältniſſe in concreto anders feſtzuſtellen, als ſie durch die allgemeine Rechtsregel feſtgeſtellt ſind. Dieß gilt auch namentlich für das Erbrecht. So lang die ſittliche Anſchauung von der Zuſammengehörigkeit der Familie lebendig hervortritt und das Familienglied ſich als ſolches im Gegenſatz zu den Gliedern anderer Familien fühlt, erſcheint der Uebergang des Vermögens auf Familienglieder als allein vernünftig und insbeſondere der Uebergang, wie er durch das Inteſtaterbrecht geordnet iſt, der Uebergang auf den Nächſtverwandten, denn dieſer erſcheint an ſich als der Nächſtſtehende, und wenn auch im beſonderen Fall dem Einzelnen ein fremder oder entfernter Verwandter gemüthlich näher ſteht, als der Verwandte und nächſte Verwandte, ſo iſt doch eine derartige ſubjective und gleichſam zufällige Anſchauung nicht im Stand, die auf die objective und nothwendige Anſchauung gegründeten Sitten- und Rechtsſätze zu brechen. Wo, wie das im deutſchen Recht der Fall iſt, dem der objectiven Anſchauung nach dem Erblaſſer Nächſtſtehenden ſchon bei deſſen Leben ein Recht zuſteht, iſt eine rechtliche Berückſichtigung der ſubjectiven Anſchauung eben dadurch unmöglich, aber auch, wo ein ſolches Recht nicht exiſtirt, wo das Einzelrecht ſo prägnant anerkannt iſt, daß eine Veräußerung unter Lebenden unbedingt geſtattet iſt, oder wenn das vorhandene Recht der Familie im einzelnen Fall durch die Zu-

ſtimmung dieſer wirkungslos gemacht iſt, kann die ſubjective Anſchauung und der aus derſelben hervorgehende Wille des Einzelnen doch nicht an und für ſich wirkſam werden, ſondern es iſt eine Vermittelung durch die objectiven Sätze erforderlich. Der Erblaſſer kann einem Fremden oder entfernter Verwandten nur dadurch die Erbſchaft zuwenden, daß er ihn in die Stellung des durch den objectiven Satz Berufenen bringt. Dieſe Stellung kann aber der Einzelne nicht für ſich allein dem Anderen gewähren, ſondern es bedarf hierzu der Anerkennung der Geſammtheit, welcher ja die Realiſirung des objectiven Satzes zuſteht. Erſt mit dem allmäligen Zurücktreten der Bedeutung der Familie wird auch in dieſer Beziehung der ubjective Wille ſelbſtſtändiger anerkannt, und die urſprüngliche Autoriſirung der Geſammtheit wird zur Solennität.

Das römiſche, wie das deutſche Recht gehen beide dieſen Gang. Da aber dieſelben, von einer verſchiedenen Entwickelungsſtufe der Familie ausgehend, das Inteſtaterbrecht urſprünglich verſchieden geſtaltet hatten, ſo mußte auch die Nachbildung deſſelben in dem einzelnen Recht eine verſchiedene Geſtaltung erhalten.

Daß die Römer ſich in ihrem älteſten Teſtament, dem testamentum comitiis calatis [1]), an das Erbrecht der engeren Familie anſchloſſen, iſt oben (§. 35 S. 521 ff.) ausgeführt worden. Neben dieſem findet ſich ſchon früh ein anderes Teſtament, welches ſpäter das erſtere ganz verdrängte. Aber auch dieſes erſcheint wieder in den verſchiedenen Zeiten in verſchiedener Geſtalt und es iſt deßwegen nothwendig, hier auf ſeine Entſtehung und Entwickelung einzugehen.

1) Das testamentum in procinctu unterſcheidet ſich von demſelben wol nur durch die äußere Form.

Da der Römer in jedem Augenblick ſeines Lebens durch Mancipation Eigenthum übertragen konnte, ſo konnte er auch dadurch, daß er in ſeinen letzten Augenblicken einem Anderen Sachen mancipirte, thatſächlich die Wirkung einer mortis causa Dispoſition hervorbringen, und wollte er ſich ja für den Fall, daß er länger leben ſollte, den Genuß der Sachen oder eine Dispoſition über dieſelben nicht entgehen laſſen, ſo konnte er ſich dieſen Genuß lebenslänglich vorbehalten oder für den Fall ſeiner Geneſung die Remancipation bedingen. War die Menge der dem Veräußernden gehörenden Sachen nicht groß, und befanden ſich dieſelben in der Nähe, ſo ließ ſich ſogar eine Ausdehnung des Mancipationsacts auf alle Sachen bewirken. Nahm man dann den Erwerber der Sachen noch durch Bewirkung von Adſtipulationen in den Nexus der einzelnen Activ- und Paſſivforderungen auf, ſo erhielt derſelbe nach dem Tod des Veräußerers thatſächlich faſt [2]) ganz dieſelbe Stellung, wie der Inteſtaterbe oder der Inſtituirte, ohne daß jedoch dadurch das Erbrecht ſelbſt irgend wie berührt worden wäre [3]). Waren der Uebertragung weitere Beſtimmungen, welche erſt nach dem Tod wirkſam werden ſollten, etwa über Herausgabe einzelner Sachen an Dritte beigefügt, ſo entbehrten dieſelben freilich einer rechtlichen Realiſirbarkeit, die Ausführung derſelben blieb der Rechtlichkeit des Erwerbers überlaſſen.

Ob man auf die angegebene Weiſe wirklich das geſammte Vermögen häufig übertragen habe, wird uns nicht berichtet;

---

2) In Betreff der Obligationen concurrirte er noch mit dem Erben, ſobald dieſer angetreten reſp. nicht abſtinirt hatte, und konnte z. B. dadurch, daß der Schuldner dem Erben zahlte, die Forderung verlieren.

3) Ein ähnliches Verhältniß findet ſich bei der deutſchen ſ. g. erfrühten Erbfolge.

die Nichterwähnung in juriſtiſchen Quellen berechtigt aber keineswegs zur Annahme, daß es nicht geſchehen, da es rechtlich lediglich zufällig war, daß die in das Vermögen des Erwerbers gekommenen Sachen und Forderungen das geſammte Vermögensobject des Uebertragenden ausmachten. Rechtlich intereſſant werden dieſe Geſchäfte erſt von da an, wo die Uebertragungsobjecte als ein Ganzes gefaßt wurden, wo die Mancipation auch rechtlich eine Wirkung von Todes wegen erhielt. Möglich wurde dieſe Rechtsbildung dadurch, daß man den Erwerb ſämmtlicher in der Perſon des Verſtorbenen vorhandener Rechte und Pflichten nicht nur da annahm, wo dieſelben ſchon im Voraus thatſächlich für die neuen Subjecte derſelben begründet geweſen waren, und jetzt nur die rechtliche Anerkennung dazu kam (bei der Suitätsfolge), ſondern auch da, wo ein wirklicher Uebergang, ein eigentlicher neuer Erwerb der Rechte und Pflichten ſtattfand (bei der Agnatenfolge), und daß man ferner das alte Teſtament mehr ſeiner Function nach, das Vermögen als Einheit zu übertragen, als die rechtliche Geſtaltung deſſelben, durch welche dieſe Uebertragung bewirkt wurde, in's Auge faßte. Dieſe teſtamentariſche Einheit erkannte man nun auch dann an, wenn ein Geſchäft unter Lebenden in derſelben Abſicht abgeſchloſſen wurde, in welcher man ein Teſtament errichtete. „Quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam“ — mit demſelben Recht, d. h. mit derſelben Rechtswirkung, mit welcher du durch testamentum comitiis calatis die familia und pecunia auf einen Andern übertragen könnteſt (gerade auf die conjunctiviſche Faſſung iſt Gewicht zu legen) [4]) —

4) Durch dieſe Worte wird auf die Möglichkeit der Dispoſition über die geſammte Hinterlaſſenſchaft Bezug genommen und ſie dadurch, um mit Huſchke zu ſprechen, mancipabel gemacht. Nicht

„familia pecuniaque tua — — esto mihi emta“ — ſoll dein geſammtes Vermögen durch dieſen Manicipationsact auf mich rechtlich übergehen [5]). Wie weit nun aber die Gleichſtellung der rechtlichen Wirkung einer derartigen Mancipation mit der ſolennen Teſtamentserrichtung ging, wiſſen wir für die Phaſe, in welcher der familiae emtor die Erbſchaft für ſich erwirbt, nicht. Daß nicht alle Wirkungen eintraten, iſt wahrſcheinlich [6]), und daraus, daß der familiae emtor nicht als heres, ſondern nur als heredis loco ſtehend bezeichnet wird, muß geſchloſſen werden, daß die Vermögensmancipation auf dieſer Stufe ihrer Ausbildung, nicht als Teſtament [7]) gegolten habe, ſondern als Surrogat eines ſolchen, auf welche

---

aber „beziehen ſich dieſe Worte auf das Mancipabelmachen durch legare und testari des Erblaſſers (Huſchke im rheiniſchen Muſeum B. VI S. 295 N. 61). Wenn, nach Huſchke's Anſicht, die Erbernennung des familiae emtor ſchon in der älteren Form das testamentum per aes et libram bezeugt worden wäre“ (wodurch allein die Bezeichnung des Acts als Teſtament ſich rechtfertigen laſſe), ſo hätte dieſer ja nicht „als familiae emtor die Erbſchaft bekommen“ können und wäre nicht heredis loco geweſen, ſondern, wie in der ſpäteren Form der eigentliche nuncupirte Erwerber — heres.

5) Beſeler (Erbverträge B. II, 1 S. 178 N. 12) führt eine Urkunde an, in welcher eine Vergabung, um ſie auch nach römiſchrechtlichen Principien rechtsbeſtändig vorzunehmen, als „in krafft ires (der Vergaberin) letzten willens in teſtaments weiſe“ errichtet bezeichnet wird.

6) So z. B. mag ein Erbſchaftsantritt nicht nothwendig geweſen ſein, da der emtor die Erbſchaft ſchon durch die Mancipation erworben hatte. Wie es ſich mit der Widerruflichkeit der Mancipation verhalten habe, muß dahin geſtellt bleiben.

7) Für eine Exheredation iſt in dem Mancipationsact kein Platz, eben ſo nicht für eine Vernichtung einer früheren Inſtitution, doch wurden, da der familiae emtor das geſammte Object des Erbrechts erwarb, der Inteſtaterbe und der Inſtituirte verhindert, Erben zu werden, reſp. ſie wurden Erben, aber, wenn ich einen ſpäteren Begriff hierher ziehen darf, sine re.

Natur auch die Erwähnung des Falls, wann es errichtet zu werden pflegte, deutet: „si subita morte urguebatur“.

Allmälig erhielt die Mancipation eine andere Geſtalt. Schon früh mag es vorgekommen ſein, daß man dem familiae emtor aufgab, Sachen, Theile der Erbſchaft oder die ganze Erbſchaft herauszugeben, denn nur auf dieſe Weiſe wurde es möglich, die Mancipation auch zu Gunſten des Kindes in der Gewalt, welches ja als ſolches nicht familiae emtor werden konnte, vorzunehmen. Aber auch in anderen Fällen mochte der Wunſch, dem eigentlich Bedachten nicht ſchon zur Zeit der Teſtamentserrichtung von der Bedenkung Kenntniß zu geben, oder auch die Abſicht, die Hinterlaſſenſchaftsangelegenheiten durch einen Vertrauensmann regeln zu laſſen, dazu führen, einem Anderen, als dem zu Bedenkenden die Erbſchaft zu mancipiren [8]), und dieß wurde mit der Zeit allgemein üblich. Der familiae emtor erſchien nun völlig als Treuhänder. Die Nuncupation, welche die einzelnen Beſtimmungen enthält, wurde nun Hauptſache und die Mancipation Solennität. Seit man, ſtatt die Beſtimmungen mündlich kund zu thun, anfing, dieſelben aufzuzeichnen und durch eine allgemeine Erklärung zu ſolenniſiren, trat dieſe Stellung der einzelnen Theile des Acts zu einander noch prägnanter hervor, der familiae emtor wurde zum qualificirten Zeugen und man nahm die Nuncupation in derſelben Weiſe vor, wie dieß in den Comitien geſchehen war. Der Mancipationsact war nun zum wirklichen Teſtament geworden [9]). Man ernannte einen „Erben“,

8) Möglicher Weiſe war es auch die urſprüngliche Unwiderruflichkeit der Mancipation, welche die Veranlaſſung zu dieſem Verfahren gab.

9) Die Mancipation als Eigenthumsübertragungsact iſt eine imaginaria venditio, das testamentum per aes et libram eine imaginaria mancipatio. Vgl. Gajus I, 119 mit Ulpian XX §. 2.

auf welchen das gesammte Vermögen überging, und welcher auch die anderen Dispositionen zu realisiren hatte (a quo etiam legata relinquebantur).

Die spätere Testamentsform abstrahirte nun in consequenter Fortbildung auch von dem reinen Formalismus der Anwendung von Wage und Erz und verwandelte sämmtliche betheiligte Personen in einfache Solennitätszeugen. —

Eines der Adoption analogen Geschäfts scheinen sich die Germanen zum Zweck einer Disposition von Todes wegen nie bedient zu haben, sie schlossen vielmehr an die Uebertragungen unter Lebenden an. Wollte man einem Anderen ein Grundstück nach dem Tod zuwenden, so bediente man sich desselben Geschäfts, durch welches man ein Grundstück zu Eigen übertrug, durch beigefügte Erklärungen suchte man aber zu erreichen, daß das Geschäft seine Hauptwirkung erst bei dem Tode des Auflassenden äußerte, während des Lebens aber nur in so weit wirksam war, als zur Realisirung der Hauptwirkung erforderlich war, d. h. der Auflasser wurde in der Disposition über dasselbe beschränkt. Nahe lag es aber, diese Beschränkung nicht absolut zu fassen, sondern nach Analogie der Beschränkung durch das Recht des nächsten Erben zu regeln, eine Veräußerung also im Fall ächter Noth, und wenn der Bedachte sich gewisser unrechtmäßiger Handlungen gegen den Auflasser schuldig machte, zu gestatten, in anderen Fällen auszuschließen. Da aber in dieser Art der Abschließung des Geschäfts eine eigentliche Modification der Auflassung lag, und diese vom Recht anerkannt wurde, so kann man nicht behaupten, das älteste uns bekannte germanische Recht habe die Geschäfte Todes halber ignorirt und die Einzelnen hätten, um über den Tod hinaus zu verfügen, sich der Geschäfte unter Lebenden bedient, sondern man muß auch den ältesten Zeiten schon eine rechtliche Berücksichtigung der Verfügungen

Todes halber zuſchreiben, welche ſich ihrer Form nach an die Geſchäfte unter Lebenden anſchloſſen, aber bewirkten, daß der Empfänger ganz die Stellung eines agnatiſchen Erben erhielt. In den eigentlichen Rechtsquellen wird das Geſchäft Todes halber auch als ein beſonderes, ſelbſtſtändiges und, ich möchte ſagen, einfaches Geſchäft behandelt. Ebenſo ſtellt es ſich dar in denjenigen Urkunden, in welchen die einzelnen Wirkungen der geſchehenen Auflaſſung neben einander geſtellt und dieſe ſelbſt wol als post obitum traditio bezeichnet wird. In anderen Urkunden dagegen erſcheint das Geſchäft als ein zuſammengeſetztes, die Auflaſſung wird wie die bei einem gewöhnlichen Geſchäft unter Lebenden vorgenommene dargeſtellt, welche durch ein dazu kommendes zweites Geſchäft, einen von dem Bedachten dem Auflaſſer beſtellten Uſusfructus, in ihrer ſofortigen Wirkung beſchränkt werde. Berückſichtigt man aber nun, daß auch bei dieſen ſ. g. traditiones a die praesente dem Auflaſſer daſſelbe Recht der Veräußerung im Fall ächter Noth zuſteht, daß er ferner, wenn der Bedachte ſich gegen ihn gewiſſer unrechtmäßiger Handlungen ſchuldig macht, nicht etwa von ihm verlangen kann, daß er ihm die aufgelaſſene Sache retradire, ſondern dieſelbe ohne Weiteres veräußern darf, ſo erſcheint die in den Urkunden beliebte Darſtellung des Acts als eine Schulconſtruction der Notare ohne rechtliche Bedeutung, ja nach ihr wäre, da das ältere Recht ein constitutum possessorium nicht kennt, das Geſchäft ganz wirkungslos geweſen. — Eine directe Einwirkung auf das Erbrecht hat eine derartige Dispoſition nicht, es iſt eben ein Geſchäft, welches eine beſtimmte Sache einem Anderen Todes halber zuwendet, während in Bezug auf alle übrigen Sachen der (geſetzliche) Erbe in ſeinem Recht bleibt.

Die Auflaſſung als die Form für die Uebertragung von Immobilien vermittelte Verfügungen von Todes wegen über

Immobilien; Mobilien konnten nicht aufgelaſſen werden, für dieſe blieb daher auch wenigſtens dieſe Art der Dispoſition von Todes wegen ausgeſchloſſen. Pertinenzen eines Grundſtücks konnten jedoch mit dieſem aufgelaſſen werden, und dadurch, daß man den Begriff der Pertinenz gleichſam utiliter ausdehnte, gelangte man zur Möglichkeit, auch über Mobilien von Todes wegen zu verfügen. Eine rechtliche Wirkung während des Lebens des Auflaſſers konnte aber hinſichtlich der Mobilien nicht eintreten, die Auflaſſung bewirkte lediglich den Uebergang nach dem Tod des Auflaſſers zuſammen mit den Immobilien und ſchloß mithin jede andere Succeſſion aus. Auf dieſe Weiſe war es auch möglich, alle im Vermögen befindlichen Sachen aufzulaſſen, und das Recht half hier nur in ſo fern nach, als es die Zuſammenfaſſung der einzelnen Objecte unter eine allgemeine Bezeichnung anerkannte. Eine Univerſalſucceſſion war damit noch nicht begründet; daß die aufgelaſſenen Sachen das Vermögen des Auflaſſers erſchöpften, war lediglich Zufälligkeit. Ob und in wie weit Forderungen, namentlich Paſſivforderungen übergingen, ob man neben der Auflaſſung Vorkehrungen zu ihrem Uebergang traf, wiſſen wir nicht. Aber von den in der Hinterlaſſenſchaft des Erblaſſers befindlichen Sachen gingen auch nur diejenigen über, welche zur Zeit der Auflaſſung in dem Vermögen des Auflaſſers waren [10]). Eine weitere Veränderung erhält das Inſtitut dadurch, daß das Recht auch eine Ausdehnung der Auflaſſung auf künftig zu erwerbende Sachen (Immobilien) anerkannte. Hiermit war nun aber der Endpunct der Ent-

10) Ein Uebergang auch der ſpäter erworbenen Mobilien läßt ſich jedoch wol ſchon früh annehmen, da ſie ja nicht als ſelbſtſtändige Gegenſtände, ſondern in ihrer wirklichen oder fingirten Pertinenzqualität aufgelaſſen waren. Was dieſe Qualität verliert, fällt deßhalb auch aus dem Nexus, was ſie neu erhält, wird hineingezogen.

wickelung erreicht, bis zu welchem man auf dem eingeſchlagenen Weg gelangen konnte. Bis hierher hatte ſich unſere Lehre überall ziemlich gleichmäßig entwickelt, was jedoch nicht ausſchließt, daß in dem einen Rechtskreis die Entwickelung mit größerer Schnelligkeit erfolgte, als in dem anderen, und z. B. Rothars Edict (173) als Object der Libolaip-Thinr ſchon die zur Zeit des Todes vorhandenen Sachen annimmt. Eine ſolche verfrühte Entwickelung findet ſich aber bei den Langobarden vielfach vor und wird mit Recht ihrer frühen und innigen Berührung mit dem römiſchen Recht zugeſchrieben [11]). Jedenfalls iſt die angegebene Entwickelung durch eine innere Chronologie beſtätigt.

So lange die alte Anſchauung von dem Zuſammenhang der Familie im Volk lebte und die Immobilie als hauptſächlichſtes Vermögensſtück erſchien, mochte einerſeits das Bedürfniß einer Umänderung nicht lebhaft hervortreten und genügte andererſeis die übliche Form der Dispoſition, ja wegen des Rechtes der nächſten Erben mochte dieſelbe gerade als die zweckmäßigſte erſcheinen [12]). Als aber die Familienbande ſich lockerten, mit dem geſteigerten Verkehr die Mobilie an Bedeutung gewann und es häufig vorkam, daß das Vermögen zum großen Theil aus Mobilien oder aus neu erworbenen Immobilien, an welchen Rechte des nächſten Erben nicht mehr angenommen wurden, beſtand, der Disponent aber ſich ebenfalls nicht in der Verfügung über ſein Vermögen die Hand binden wollte

11) S. o. §. 35 S. 545 N. 37.

12) Dem Disponenten war es ſicherlich leichter, die Dispoſition in Kraft zu erhalten dadurch, daß er den Conſens des beſtimmten zur Zeit der Dispoſition nächſten Erben bei der Auflaſſung erwirkte, oder denſelben von der Anfechtung binnen Jahr und Tag abhielt, als dem Erwerber, den bei dem Tod des Disponenten nächſten Erben zum Verzicht auf ſein Recht zu veranlaſſen.

— mußte das Bedürfniß nach einer anderen Art der Dispoſition auf den Todesfall hervortreten. Das Recht erkannte dieß Bedürfniß an, aber freilich erſt zu einer Zeit, in welcher die Rechtsbildung mehr als je aus einander ging und die neuen Bildungen nur eine allgemeine Characterähnlichkeit hatten, vielfach aber von einander abwichen. Zum Theil war allerdings das geringere oder ſtärkere Sichgeltendmachen der obigen Momente die Veranlaſſung dieſer Verſchiedenheit (dadurch entſteht namentlich auch ein Gegenſatz zwiſchen Stadt und Land), allein damit iſt dieſe Abweichung nicht erklärt, ſondern erſcheint vielfach als lediglich zufällig. In dem einen Rechtskreis behält man die Zweiſeitigkeit des Geſchäfts bei, geſtattet aber dem Auflaſſer, ſich die freie Dispoſition vorzubehalten, in dem anderen läßt man eine einſeitige Dispoſition zu, die aber unwiderruflich gilt, in anderen findet ſich Einſeitigkeit und Widerruflichkeit anerkannt. Dieſe verſchiedenen Arten der Dispoſition finden ſich ſogar mitunter in demſelben Rechtskreis neben einander vor, öfter aber folgen ſie zeitlich auf einander.

Man ſtreitet darüber, ob ſich dieſe neuen Arten der Dispoſition lediglich aus dem Innern des deutſchen Rechts entwickelt hätten, oder aus dem römiſchen Recht herübergenommen oder wenigſtens unter deſſen Einfluß entſtanden ſeien. Die Annahme einer Aufnahme dieſer Dispoſitionsarten widerlegt ſich durch die Behandlung derſelben in faſt allen Rechtsquellen vor der Zeit der großen Codification in den Landrechten und den reformirten Stadtrechten. Die Form ſchließt ſich faſt überall eng an die der früheren Vergabungen an, eine Erbeinſetzung wird nicht vorgeſchrieben, die Dispoſition braucht nicht den geſammten Nachlaß zu umfaſſen, oft wird körperliche Tüchtigkeit des Disponenten verlangt, und, worauf ich beſonderes Gewicht legen möchte, die Vornahme des Acts

vor der betreffenden Behörde iſt nicht nur Solennität in der Art, daß die Dispoſition dadurch ihre formale Wirkſamkeit erhält, ſondern es wird öfters eine causae cognitio vorgeſchrieben über das Materielle der Dispoſition und die „Beſtätigung“ verleiht dem Act nicht nur eine formelle Kraft, ſondern auch eine materielle, ſie macht ihn unbedingt rechtsbeſtändig, unanfechtbar. Erſt die Landrechte des 16. Jahrh. und die Reformationen der Stadtrechte erwähnen der römiſchen Teſtamentsform, und zwar meiſt nur neben den älteren, wiewol oft modificirten Formen. In ihnen werden erſt die römiſchen Rechtsſätze über Teſtamente aufgeſtellt und auch dieſe noch keineswegs in ihrer ganzen Tragweite.

Wenn nun aber für die vorhergehende Zeit eine eigentliche Reception der römiſchen Lehre in Abrede geſtellt werden muß, ſo iſt ein Einfluß derſelben und namentlich des Hauptſatzes, daß einſeitig und widerruflich auf den Todesfall disponirt werden könne, nicht zu verkennen. Und wie ſollte auch dieſer Einfluß zu vermeiden geweſen ſein? Zum Beſten der Kirche und zu ſonſtigen frommen Zwecken finden ſich ja einſeitige Dispoſitionen ſeit jeher anerkannt und ſehr häufig vorgenommen (viel häufiger gewiß als zweiſeitige Vergabungen vorkommen) und durch die Autorität der Kirche aufrecht erhalten. In eine viel häufigere Berührung, als mit anderen Geſchäften und Sätzen des römiſchen Rechts, kam man daher mit dieſen und den Rechtsſätzen, welche ſie regelten. Wie nahe lag es alſo, daß, wo das Bedürfniß zu ſolcher Dispoſition auch zu Gunſten anderer Perſonen hintrieb, man die beſchränkt anerkannten Principien generaliſirte und ſich auf ſie bezog, um die erſtrebte Umbildung zu rechtfertigen? Aber freilich war es auch hier wieder nicht etwas Fremdes, der Rechtsauffaſſung Widerſprechendes, was man aufnahm und als fremdes Aufgenommenes in Gegenſatz zu dem vorhandenen

Einheimiſchen ſtellte, ſondern man knüpfte das Neue, für zweckmäßig Erkannte eng an das Alte an. Dieſer Uebergang möchte ſich vielleicht durch folgendes Bild verdeutlichen laſſen. Als der einheimiſche Styl, nach welchem das Gebäude begonnen war, ſich nicht zu einer Weiterführung deſſelben nach dem neuen Bedürfniß eignete, wählte man den fremden ausgebildet vorliegenden Styl, adaptirte, wo ſich der neue Oberbau und der alte Unterbau berührten, den neuen Styl dem alten [13]), und erſt als der Bau ſich höher erhob, und der alte Styl keine Berückſichtigung mehr verlangte, der Blick ſich auch durch den Umbau der benachbarten Gebäude an den neuen Styl gewöhnt hatte, ließ man dieſen immer unvermiſchter und reiner auftreten.

Durch die nur allmälige Aufnahme der römiſchen Teſtamentslehre ward es möglich, daß man in manchen Rechtskreiſen einzelne Sätze derſelben, welche zwar als Conſequenzen der alten römiſchen Auffaſſung erſchienen, keineswegs aber aus der Natur einſeitiger und widerruflicher letztwilliger Dispoſitionen folgten, wie z. B. den Satz: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, nicht aufnahm, und zwar das Recht ſich entweder ſo ausbildete, daß der Inteſtaterbe unbedingt mit dem teſtamentariſchen concurriren konnte, oder ſo, daß dieß nur in Betreff gewiſſer Vermögenstheile möglich war, oder ſogar die Inteſtatſucceſſion in dieſelben rechtlich vorgeſchrieben war. Ferner aber folgte daraus, daß man die Einſeitigkeit und namentlich die Widerrufbarkeit nicht als nothwendige Eigenſchaften letztwilliger Dispoſitionen anſah.

Die im römiſchen Recht anerkannte unbedingte Widerruf-

13) Dieſe Adaptirung ſelbſt erfolgt in den verſchiedenen Kreiſen in verſchiedener Art, das Streben zur allmäligen Purification des Styls iſt aber ein gleichmäßiges, d. h. überall vorkommendes.

barkeit jeder letztwilligen Disposition ist eine Wirkung des römischen Freiheitstriebs [14]). Es wurde nicht als eine Beschränkung der Testirfreiheit betrachtet, daß diese sich nicht selbst beschränken oder aufheben konnte, sondern in dieser Unmöglichkeit der materielle Inhalt der Freiheit im Gegensatz zum formellen anerkannt. Selbst jede indirecte Beschränkung der Testirfreiheit galt als contra bonos mores, um so weniger konnte sich mithin eine Rechtsform ausbilden, durch welche dieser Erfolg direct herbeigeführt wurde — ein Erbvertrag. In Deutschland dagegen fand die Widerruflichkeit der letztwilligen Bestimmungen nur eine allmälige Aufnahme, sie mußte aber auf deutschem Boden mehr aus einer Utilitätsrücksicht, als aus einer inneren Nothwendigkeit hervorgegangen erscheinen. Man hatte bisher letztwillige Verfügungen hauptsächlich durch ihrer Natur nach unwiderrufliche Dispositionen effectuirt; dieselben blieben auch neben den neuen Dispositionsarten nach fortdauernd üblich, die Unwiderrufbarkeit konnte darum nicht als contra bonos mores erscheinen und die widerruflichen Dispositionen daher nicht zu einer ausschließlichen Geltung gelangen. Dazu kömmt, daß für manche Fälle die Unwiderrufbarkeit fortdauernd als zweckmäßig erkannt wurde [15]). Aber nicht die alten Vergabungen behielt man neben den widerruflichen und einseitigen letztwilligen Dispositionen bei, sondern so sehr hatte man sich daran gewöhnt, daß die Wirkung der letztwilligen Disposition erst bei dem Tod des Disponenten beginne, in einer Delation der Erbschaft bestehe, und so sehr war die Ansicht, daß der (Intestat-) Erbe schon bei

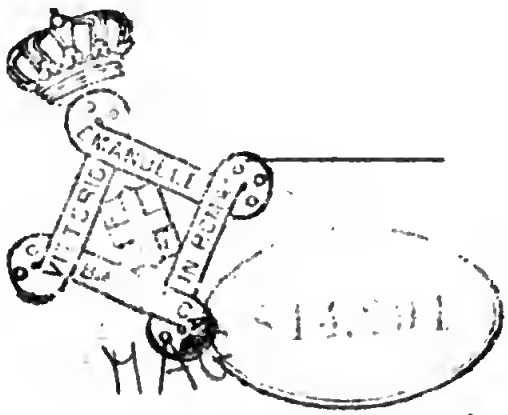
14) S. o. S. 140 N. 15. 16 und die dort citirten Ausführungen Jhering's.

15) Dieß gilt namentlich von den bei Eingehung der Ehe zu Gunsten des Ehegatten mit Wirkung auf den Todesfall vorgenommenen Verfügungen.

Lebzeiten des Erblaſſers ein Recht habe, in den Hintergrund getreten, daß man die Wirkung der in der äußeren Form der Vergabungen vorgenommenen letztwilligen Verfügungen ebenfalls nicht mehr in die Einräumung eines augenblicklichen Rechts auf das Vermögen des Disponenten ſetzte, als Object dieſer Dispoſition vielmehr ebenfalls die Delation der Erbſchaft annahm. Der auf dieſe Weiſe aus der Vergabung hervorgegangene „Erbvertrag" (Erbeinſetzungsvertrag) bildete nun eine Form für Errichtung einer letztwilligen Dispoſition des einen Contrahenten, welche aber eben dieſer Form wegen als unwiderruflich zu Gunſten des anderen Contrahenten galt. Aus dem Weſen des Vertrags läßt ſich die Wirkſamkeit des Erbvertrags nicht deduciren.

Ein Erbverzicht mit der Wirkung, eine ohne denſelben eingetretene Delation an den Verzichtenden gar nicht entſtehen zu laſſen, mußte nach römiſchem Recht unmöglich ſein, da die Delation ſelbſt von dem Willen des Erben unabhängig iſt und einzig und allein auf einem natürlichen Zuſtand oder einer Thätigkeit des Erblaſſers beruht, durch welche neben dem Ausſchluß der Delation an den Einen die Delation an den Anderen hervorgebracht wird (Enterbung und Erbeinſetzung). Derſelbe iſt aber auch deßwegen als reiner Vertrag in jedem Recht unmöglich, in welchem eine Delation der Erbſchaft als ein beſonderes Moment vorkömmt. — Im alten deutſchen Recht zerſtörte ein Erbverzicht keineswegs die Delation, denn dieſe war als beſonderes Moment nicht vorhanden, ſondern er hob das eventuelle Recht an der Erbſchaft ſelbſt auf. Eine Aufhebung dieſes Rechts ließ aber das alte Recht durch einen Vertrag mit dem Erblaſſer ſelbſt deßwegen zu, weil, wie oben dargethan, das Erbrecht als ein bei Lebzeiten des Erblaſſers ſchon exiſtirendes und dem Erblaſſer gegenüber wirkſames aufgefaßt wurde. Als dieſe Wirkung unter Lebenden verſchwand

und die Delation von der Erwerbung getrennt wurde, konnte der Vertrag mit dem Erblaſſer an ſich nicht mehr wirkſam ſein, und, mit dem Miterben oder den ſpäter Berufenen abgeſchloſſen, konnte er nur eine obligatoriſche Wirkung äußern. Wenn man nun aber doch eine Wirkung des Erbverzichts auf die Delation annahm, ſo kann dieß nur ſo conſtruirt werden, daß, wie man den Vertrag mit dem zu Inſtituirenden als eine gültige Form (Solennität) des letzten Willens hinſichtlich der Einſetzung eines Erben betrachtet, man den Vertrag mit dem zu Enterbenden auch als gültige Form der Enterbung annimmt, und, da die Abhängigkeit der Wirkſamkeit der Enterbung von der Inſtitution eines anderen Erben und der Wirkſamkeit derſelben nur auf der ſpecifiſchen Natur des Teſtaments beruht, man die durch den Vertrag ſolenniſirte Enterbung auch an ſich formell zuläßt. Das Hauptgewicht fällt alſo auf die Willensäußerung des den Verzicht acceptirenden Erblaſſers, die Willensäußerung des Verzichtenden dagegen garantirt die Wirkſamkeit der Enterbung, da durch dieſelbe das Recht der Anfechtung derſelben aufgegeben iſt.



Digitized by Google